

# Oppsigelsesvernet ved sykdom

Kandidatnummer: 523

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 16 044



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Presentasjon av tema og oppbygging av oppgaven .....	1
1.2	Avgrensning.....	1
1.3	Begrepsavklaring .....	1
1.3.1	Arbeidstaker .....	1
1.3.2	Arbeidsgiver .....	3
1.4	Rettskilder.....	4
1.4.1	Lov .....	4
1.4.2	Forarbeider .....	4
1.4.3	Rettspraksis .....	4
1.5	Historikk .....	5
1.6	Hensynene bak oppsigelsesvernet .....	6
<b>2</b>	<b>OPPSIGELSESVERNET DE FØRSTE TOLV MÅNEDENE AV SYKEFRAVÆRET .....</b>	<b>7</b>
2.1	Presentasjon av lovhjemmel .....	7
2.2	Fravær fra arbeidet på grunn av sykdommen .....	9
2.3	Sykdomsbegrepet.....	10
2.4	Årsakssammenheng .....	15
2.4.1	Forhold på arbeidsgiverens side.....	15
2.4.2	Forhold på arbeidstakerens side .....	19
2.4.3	Bevisbyrde.....	21
2.5	Beregning av tolv månedsperioden .....	26
2.5.1	Periodens startutgangspunkt.....	26
2.5.2	Nytt sykefravær .....	27
2.6	Dokumentasjonskravet .....	29
2.7	Tvister .....	32

<b>3</b>	<b>OPPSIGELSESVERNET ETTER UTLØPT VERNEPERIODE .....</b>	<b>33</b>
3.1	Ordinært oppsigelsesvern .....	33
3.2	Når er sykefravær «saklig grunn» til oppsigelse .....	34
3.2.1	Avveiningen mellom arbeidsgiverens og arbeidstakerens interesser.....	34
3.2.2	Arbeidsgiverens plikt til oppfølging og tilrettelegging .....	38
3.2.3	Sykdomsprognosene fremover.....	54
3.2.4	Fraværets omfang .....	57
3.2.5	Formelle saksbehandlingskrav forut for beslutningen om oppsigelse .....	61
3.2.6	Twister .....	63
<b>4</b>	<b>KONKLUSJON .....</b>	<b>64</b>
<b>5</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>65</b>
5.1	Bøker .....	65
5.2	Artikler.....	66
5.3	Nettsteder.....	66
5.4	Domsavgjørelser .....	66
5.5	Lov- og forarbeidsregister .....	68
5.6	Annet .....	70

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema og oppbygging av oppgaven

Oppgavens tema er i hvilken grad en arbeidstaker er vernet mot å bli sagt opp grunnet sitt sykefravær. Ved sykdom gjelder et særskilt oppsigelsesvern som er nedfelt i lov om arbeidsmiljø og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter aml.) § 15-8. Dette særskilte oppsigelsesvernet gjelder innenfor en tidsramme på tolv måneder, den såkalte verneperioden. Etter utløpet av verneperioden, vil oppsigelsesvurderingen måtte foretas etter den alminnelige oppsigelsesbestemmelsen i aml. § 15-7. Jeg har valgt å dele oppgaven i to deler, hvor den første delen omhandler oppsigelsesvernet i verneperioden, og den andre delen omhandler vernet etter utløpet av denne tolv måneders-perioden.

## 1.2 Avgrensning

Det gjelder egne regler for statsansatte og kommunalt ansatte. Arbeidsmiljøloven gjelder som utgangspunkt også for offentlige ansatte, men reglene om opphør av arbeidsforhold, herunder oppsigelsesvernet i aml. § 15-8, gjelder ikke for dem som faller inn under lov om statens tjenestemenn m.m av 1983 nr. 3 (tjenestemannsloven). I tjenestemannsloven er det fastsatt egne oppsigelsesregler i §§ 9-10, og jeg velger derfor å avgrense oppgaven mot disse bestemmelsene.

## 1.3 Begrepsavklaring

Begrepene arbeidstaker og arbeidsgiver er definert i aml. § 1-8.

### 1.3.1 Arbeidstaker

I arbeidsmiljøloven er en arbeidstaker «*enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste*», jfr. aml. § 1-8. Ordlyden gir ingen definisjon av begrepet, men det sentrale er ordet «tjeneste». Det fremgår av forarbeidene<sup>1</sup> at begrepet tjenesteforhold må avgrenses mot selvstendig

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

næringsdrivende og såkalte frilansere, hvor arbeidet først og fremst utføres i sin egen tjeneste, fremfor noen annens.

Det fremkommer av forarbeidene<sup>2</sup> at en person skal regnes som arbeidstaker i lovens forstand, dersom tilknytningen til arbeidsgiveren reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold. Hvordan partene har klassifisert forholdet i henhold til arbeidskontrakten, vil således ikke være av avgjørende betydning.<sup>3</sup>

Ved avgrensningen mot selvstendig oppdragstaker må en rekke momenter veies mot hverandre, og det må foretas en konkret helhetsvurdering av samtlige omstendigheter.<sup>4</sup> Jevnt over kan man si at jo mer etablert forholdet virker, jo lettere vil vedkommende falle inn under lovens arbeidstakerbegrep, jfr. aml. § 1-8.

Sentralt i vurderingen vil være om arbeidet er resultatorientert, i den forstand at det ikke er nok at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon. I oppdragsforhold vil oppdragstakeren ha ansvaret for resultatet, mens i ordinære arbeidsforhold vil arbeidsgiveren være ansvarlig for resultatet. Videre vil det ha betydning hvordan arbeidsforholdet er organisert. Dersom vedkommende har kontor hos arbeidsgiveren, eller arbeidsgiveren stiller andre hjelpemidler til disposisjon, vil det tale for at det foreligger et ansettelsesforhold.

Høyesterett har i en dom av 1990<sup>5</sup> uttalt at ikke ett enkelt moment alene har avgjørende vekt. Det avgjørende vil være at flere momenter sett i sammenheng peker mot et arbeidstakerforhold.

---

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

<sup>3</sup> Storeng (2011) s. 65-66

<sup>4</sup> Arbeidsrett.no, lovkommentarer til aml § 1-8 pkt. 3 av Henning Jakhelln

<sup>5</sup> Rt-1990-903

### 1.3.2 Arbeidsgiver

Det følger av aml. § 1-8 annet ledd at en arbeidsgiver er «*enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*». Som oftest vil det være enkelt å fastslå hvem som er arbeidsgiveren, da det følger av aml. § 14-6 første ledd litra a at det er et krav at det skal fremgå av kontrakten hvem som er arbeidsgiver. Samtidig er det viktig å merke seg at loven bygger på et funksjonelt arbeidsgiverbegrep. Det fremgår av forarbeidene<sup>6</sup> at det blant annet skal «*legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner*». Dette kan føre til at flere kan bli ansett for å være arbeidsgiver i et bestemt ansettelsesforhold. Skal dette være tilfelle, må det foreligge et særskilt grunnlag. Som eksempel kan nevnes hvor andre enn hovedarbeidsgiveren reelt sett har utført arbeidsgiveroppgavene.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett i 2009<sup>7</sup> kom retten til at det er det reelle forholdet som skal legges til grunn og uttalte:

*«Etter flertallets syn må arbeidsgiverbegrepet fortolkes konkret, i den forstand at de reelle forhold er avgjørende, bl a for å hindre omgåelser.»*

Dette kan få betydning i forhold til oppsigelsesvernet, herunder vedkommendes plikt til å varsle om sitt sykefravær til rett person, jfr. aml. § 15-8 tredje ledd. Dersom ikke arbeidstakeren varsler på riktig måte kan det få betydning for oppsigelsesvurderingen både før og etter utløpet av verneperioden. I tilfeller hvor det er usikkert for arbeidstakeren hvem som formelt og reelt sett er arbeidsgiveren kan det derimot ofte være unnskyldelig. Varslingsplikten vil bli behandlet under punkt 2.6.

---

<sup>6</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 76

<sup>7</sup> LB-2008-80778

## 1.4 Rettskilder

### 1.4.1 Lov

Arbeidsmiljøloven, som blant annet regulerer oppsigelsesvern ved sykdom, er preseptorisk til fordel for arbeidstakeren, jfr. aml. § 1-9. Dette innebærer at det er adgang til å avtale seg bort fra loven, så lenge det er til arbeidstakerens gunst. Arbeidsmiljøloven inneholder mange bestemmelser som er skjønnspreget utformet, og da særlig aml. § 15-7. Man må derfor også se hen til andre rettskilder når innholdet i slike bestemmelser skal klarlegges.

Lov om folketrygd (ftrl.) av 28. februar 1997 nr. 19 vil også få betydning ved redegjørelsen av sykdomsbegrepet.

### 1.4.2 Forarbeider

Reglene om oppsigelsesvernet slik de er utformet i dagens arbeidsmiljølov, er i det vesentlige en videreføring av de tidligere bestemmelsene i den tidligere arbeidsmiljøloven fra 1977 (1977-loven). Innholdet i aml. § 15-8 er også i det vesentlige det samme som etter den tidligere arbeidsmiljøloven, men verneperioden er utvidet fra seks til tolv måneder. Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. vil derfor være en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av dagens lov.

Det er imidlertid viktig å bemerke at forarbeidene til arbeidsmiljøloven bare i liten grad går inn på spørsmål om rettsanvendelsen, slik at disse ikke alene vil gi tilstrekkelig veiledning ved tolkningen av oppsigelsesreglene.<sup>8</sup>

### 1.4.3 Rettspraksis

Gjennom rettspraksis er vesentlige rettsregler utviklet og presisert, ikke sjelden slik at rettspraksis har foranlediget senere lovgivning basert på resultatet i enkelttilfeller.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Fanebust (2001) s. 49

<sup>9</sup> Jakhell (2006)b Sitert fra arbeidsrett.no pkt. 2.10

Det er et omfattende antall dommer på området, særlig etter utarbeidelsen av 1977-loven, og dermed vil en nærmere behandling av flere avgjørelser utgjøre en viktig del av oppgaven.

Juridisk teori har tradisjonelt vært skeptisk til å tillegge underrettsdommer vekt som rettskilde ved avgjørelsen av rettsspørsmål.<sup>10</sup> Det har vært hevdet at blant annet underrettsdommer kun har rettskildemessig betydning hvor de gir uttrykk for en bestemt praksis eller rettsoppfatning.<sup>11</sup> Det er imidlertid neppe tvilsomt at underrettsdommer vil kunne være relevant som rettskildefaktor ved avgjørelsen av spørsmål ved fravær av høyesterettspraksis.

## **1.5 Historikk**

Lov om arbeidervern (LOV 1936-06-19 nr. 08) var den første loven på arbeidsrettens område. Det ble med denne loven innført et krav til saklig grunn ved oppsigelse, men det ble ikke lovfestet noen spesielle regler som skulle gjelde ved sykdom. Dermed var utgangspunktet at sykdom kunne være saklig grunn til oppsigelse.

Oppsigelsesvern ved sykdom ble først regulert ved lov om arbeidervern (LOV 1956-12-07 nr. 02). Det fremgikk av lovens § 44 at en arbeidstaker ikke kunne sies opp på grunn av sykefravær som hadde vart i mindre enn tre måneder. Videre var det et krav om at arbeidstakeren måtte ha vært ansatt i virksomheten i minst to år for å være omfattet av bestemmelsen.

Vernet ble videre bygget ut ved lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (LOV-1977-02-04-4). Det fulgte av lovens § 64 at arbeidstakeren var vernet i en periode på seks måneder. Verneperioden ble utvidet til tolv måneder dersom ansettelsen hadde vart i mer enn fem år, eller uførheten skyldes sykdom pådratt i tjeneste for vedkommendes arbeidsgiver. I dagens

---

<sup>10</sup> Eckhoff (2001) s. 161 flg., Skoghøy (2002) s.325 og Fleischer (1965) s. 153 flg.

<sup>11</sup> Skoghøy (2002) s. 325



arbeidsmiljølov ble oppsigelsesvernet utvidet til en verneperiode på tolv måneder. Endringen gikk derfor ut på at det kun skulle opereres med én verneperiode. Kravet om ansettelsestid ble således ikke opprettholdt. Departementet uttalte videre om dette:

*«Etter departementets oppfatning taler hensynet til en klar og brukervennlig regel for kun å operere med én verneperiode. En differensiering etter arbeidsforholdets varighet og hvorvidt fraværet skyldes forhold på arbeidsplassen virker dessuten noe uhensiktsmessig i forhold til dagens utfordringer.»*

## **1.6 Hensynene bak oppsigelsesvernet**

Ett av hovedhensynene bak arbeidsmiljøloven fremgår av aml. § 1-1 litra e. Målet er å bidra til et inkluderende arbeidsliv.

I forarbeidene<sup>12</sup> uttales det:

*«Stillingsvernsreglene er viktige for å hindre utstøting fra arbeidslivet. Særlig relevant ut fra hensynet til å skape et inkluderende arbeidsliv er arbeidsmiljøloven § 64 som fastsetter særlige stillingsvernsregler ved sykdom. En arbeidstaker som er fraværende på grunn av sykdom når oppsigelsen mottas vil gjennomgående ha større vanskeligheter på arbeidsmarkedet enn andre. »*

For å hindre utstøting fra arbeidslivet ved sykdom er det viktig å legge til rette for at dette ikke skjer. Departementet mente derfor at det var viktig med en verneperiode så lang som ett år, slik at det i størst mulig grad ble anledning til å finne løsninger for å komme tilbake til arbeidslivet. Her er reglene om arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt særlig viktige. Disse vil bli behandlet i punkt 3.2.2. En arbeidstaker som blir fulgt opp regelmessig i forbindelse med sykefravær, vil ofte lettere kunne komme tilbake i arbeid. At arbeidstakeren har lø-

---

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231

pende kontakt med sin arbeidsgiver i sykdomsperioden vil kunne være et viktig virkemiddel for å komme tilbake i arbeid.

## **2 Oppsigelsesvernet de første tolv månedene av sykefraværet**

### **2.1 Presentasjon av lovhjemmel**

Regelen om særskilt oppsigelsesvern ved sykdom er nedfelt i aml. § 15-8 som lyder:

*«Arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom, kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte».*

Forarbeidene<sup>13</sup> uttaler at:

*«(...)hensikten er å sikre at arbeidstakeren så langt som mulig skal slippe å måtte sette i gang en prosess for å beholde arbeidet mens vedkommende er arbeidsufør.»*

Det fremgår av bestemmelsens første ledd at for at en arbeidstaker skal være vernet etter bestemmelsen må det foreligge fravær fra arbeidet, og fraværet må skyldes ulykke eller sykdom. Innholdet i disse kravene vil bli behandlet i punkt 2.2 og 2.3.

Arbeidsmiljøloven § 15-8 første ledd sier videre at oppsigelsesvernet gjelder *«de første 12 månedene»* etter at sykdommen *«inntrådte»*. Dette reiser hovedsakelig to problemstillinger. Den ene er hvordan tolv måneders perioden skal beregnes. Den andre er å fastsette tidspunktet for når arbeidsuførheten *«inntrådte»*. Begge problemstillingene vil bli drøftet i punkt 2.5.1.

---

<sup>13</sup> NOU 2004:5 s. 313

Bestemmelsen ordlyd «*kan ikke av denne grunn sies opp*» tilsier at det foreligger et krav om årsakssammenheng, og innebærer at det kun er sykdommen som oppsigelsesgrunn som arbeidstakeren er vernet mot. I forlengelsen av dette fremgår det av aml. § 15-8 annet ledd at dersom det foreligger en oppsigelse innenfor verneperioden, så skal sykefraværet presumeres å være grunnlaget for oppsigelsen. Annet ledd er altså en presumsjonsregel, og det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden. Denne regelen blir det redegjort for i punkt 2.4.3.

Regelen innebærer at en arbeidstaker ikke er beskyttet mot enhver oppsigelse i verneperioden, men kan sies opp på grunn av andre forhold dersom oppsigelsen er saklig, jfr. aml. § 15-7. Det kan gjelde forhold på arbeidsgiversiden, for eksempel en nedbemanningssituasjon, eller forhold på arbeidstakersiden, for eksempel ved arbeidstakerens forsømmelse av arbeidsoppgaver. Hvilken betydning sykefravær kan få i slike oppsigelsessituasjoner vil bli drøftet i punkt 2.4.1 og 2.4.2.

For at en arbeidstaker skal kunne påberope seg det særskilte oppsigelsesvernet etter aml. § 15-8, fremgår det av bestemmelsens tredje ledd at vedkommende må varsle arbeidsgiveren om grunnen til sitt fravær. Denne bestemmelsen innebærer både et dokumentasjonskrav og et krav om at informasjonen må avgis innen visse tidsrammer. Disse kravene blir gjennomgått i punkt 2.6.

Det må imidlertid nevnes at arbeidsgiveren har mulighet til å vurdere oppsigelse på grunn av sykdommen selv om man er innenfor verneperioden, så lenge ingen avgjørelser er tatt.<sup>14</sup> Ordlyden i aml. § 15-8 «*kan ikke av denne grunn sies opp*» taler også for en slik fortolkning.

---

<sup>14</sup> Skarning (2011) s. 90

## 2.2 Fravær fra arbeidet på grunn av sykdommen

*«Arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom»,* er vernet etter bestemmelsen i aml. § 15-8.

En arbeidstaker som er fulltidssykmeldt, vil naturlig nok være omfattet av bestemmelsen.

Etter ordlyden i 1977-lovens § 64: *«må være borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom»* var det uklart om arbeidstakere som var gradert (aktivt) sykmeldt også var omfattet av bestemmelsen. Ordlyden kunne trekke i begge retninger. I forarbeidene til lovendring av 1977-loven<sup>15</sup> la departementet til grunn at bestemmelsens formål talte for at de graderte sykmeldte også var omfattet, og uttalte:

*«Etter departementets skjønn taler dette for at oppsigelsesvernregelen i arbeidsmiljøloven § 64 skal omfatte arbeidstaker med aktiv sykmelding eller delvis sykmelding. En motsatt regel vil også kunne svekke arbeidstakers motivasjon til å opprettholde kontakten med arbeidsplassen og vil dermed kunne føre til uønsket passivitet.»*

Etter lovendringen ble ordlyden endret til: *«Arbeidstaker som må være helt eller delvis borte»*, noe som er videreført i dagens aml. § 15-8. Etter dette er det ikke lenger tvilsomt at også de graderte sykmeldte er omfattet av vernebestemmelsen. Det er et overordnet samfunnsmessig hensyn at sykmeldte så langt det er mulig skal tilbake i arbeid. Dersom graderte sykmeldte hadde blitt stilt dårligere enn fulltidssykmeldte, ville det kunne ført til at arbeidstakere ikke strakk seg «så langt de kunne» for å opprettholde sitt aktive arbeidsliv. Det ville neppe vært en ønskelig situasjon for samfunnet dersom arbeidstakere som tross alt kunne jobbe noe, hadde et incentiv til heller «velge» å være sykmeldt på fulltid.

---

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 5

Det som i dag betegnes som gradert sykmelding, er det som tidligere het aktiv sykmelding. Det ble avdekket at ordningen med aktiv sykmelding ikke fungerte etter sin hensikt, og dermed ble ordningen avløst av reglene om gradert sykmelding som skulle gjøre ordningen mer effektiv.<sup>16</sup>

Foruten vilkåret om fravær fra arbeidet, forutsetter ordlyden «*på grunn av sykdommen*» at det er sykdommen som er grunnen til fraværet fra arbeidet. Dersom arbeidstakeren er fraværende, men ikke på grunn av sykdommen, vil forholdet ikke reguleres av aml. § 15-8. Oppsigelsesvurderingen vil da måtte gjøres etter den generelle bestemmelsen i aml. § 15-7.<sup>17</sup>

Etter lov om arbeidervern av 1956 var det slik at dersom arbeidstakeren hadde pådratt seg sykdommen ved forsett eller uaktsomhet, var vedkommende ikke omfattet av den særskilte vernebestemmelsen i § 44 litra a. Dette unntaket ble opphevet allerede ved 1977-loven, og det er i dag ingen tvil om at skyldbetraktninger ikke får betydning ved vurderingen av om arbeidstakeren er vernet av aml. § 15-8.

### **2.3 Sykdomsbegrepet**

Det er videre et krav at fraværet må skyldes ulykke eller sykdom, jfr. ordlyden «*på grunn av ulykke eller sykdom*». Hva som skal regnes som sykdom i lovens forstand er arbeidsmiljøloven taus om. Det er heller ikke konkretisert i forarbeidene til arbeidsmiljøloven.

Derimot er sykdomsbegrepet sentralt i lovgivningen, og delvis konkretisert i folketrygdloven, og videre i dens forarbeider, jfr. nedenfor.

---

<sup>16</sup> Prop.89 L (2010-2011) s. 45

<sup>17</sup> Rt-1988-959

Det er antatt i juridisk teori at man kan se hen til tolkningen av folketrygdlovens sykdomsbegrep i ftrl. § 8-4 ved fastsettelsen av innholdet i aml. § 15-8.<sup>18</sup> Dette begrunnes blant annet med at sykepengene i sykmeldingsperioden etter utløpet av arbeidsgiverperioden utbetales av folketrygden, og at det dermed er naturlig å operere med samme sykdomsbegrep i de to lovene. Det er generelt ansett som ønskelig med sammenheng i lovverket, og dette tilsier også at bestemmelsene bør kunne tolkes samsvarende.

Sykdomsbegrepet omhandles i ftrl. § 8-4 første ledd, som regulerer vilkårene for retten til sykepenger. Det følger av bestemmelsen at arbeidstakeren må være arbeidsufør, altså ute av stand til å møte på arbeidet. Det følger videre av bestemmelsen at det ikke er tilstrekkelig at arbeidstakeren er arbeidsufør, arbeidsuførheten må også klart skyldes sykdom.

Folketrygdloven § 8-4 angir ikke positivt hva som skal regnes som sykdom. Derimot nevner bestemmelsen situasjoner som ikke skal regnes som sykdom, og dermed ikke gir rett til sykepenger, slik som sosiale og økonomiske problemer, jfr. ftrl. § 8-4 annet punktum.

Reglene i folketrygdlovens kapittel 12, som omhandler retten til uførestønad, kan også gi en viss veiledning. Det fremgår av bestemmelsen i ftrl. § 12-6 at det ved avgjørelsen av om det foreligger sykdom i lovens forstand skal legges til grunn «et sykdomsbegrep som er vitenskapelig basert og alminnelig anerkjent i medisinsk praksis».

Forarbeidene til folketrygdloven<sup>19</sup> har kommet med flere uttalelser om forståelsen av sykdomsbegrepet. Det uttales blant annet at:

*«(...)legevitenskapens sykdomsbegrep som utgangspunkt [må] legges til grunn. Heri ligger det et dynamisk element – legevitenskapens språkbruk og tenkemåte til*

---

<sup>18</sup> Jakhelln (2006)a s. 913

<sup>19</sup> NOU-1990-23 s. 134

*enhver tid. Men det må også tas et visst hensyn til hva folk flest legger i sykdoms-  
begrepet og til trygdeetatens uttalelser og praksis.»*

Det fremgår videre at selv om det er på det rene at det skal legges til grunn et legevitenskapelig sykdomsbegrep, gir ikke det nødvendigvis svar på hvilke sykdommer som omfattes og hvilke som faller utenfor. Legevitenskapen har ikke oppstilt generelle kriterier for at visse tilstander skal anses som sykdommer, men arbeider med de enkelte sykdomssymptomer, tilstander og behandlingsmåter.

Det uttales videre:

*«Hva som skal regnes som en sykdomstilstand, avhenger av en rekke faktorer. Sykdomsbegrepet varierer med tid, geografi, kulturtradisjon, folks toleranse overfor smerter, de behandlingsmuligheter som man har til enhver tid(...)»*

Ved å legge til grunn legevitenskapens sykdomsbegrep, vil altså slike overnevnte forhold kunne være av betydning.

Ved avgjørelsen av om en tilstand er å regne som sykdom, er diagnosen av særlig interesse. Verdens Helseorganisasjon (WHO) har utarbeidet et klassifikasjonssystem over sykdomsdiagnoser. Det at en tilstand er å finne i dette klassifiseringssystemet, kan være en indikasjon på at legevitenskapen stort sett regner den som en sykdom.

Når en tilstand er å finne i et slikt system må det understrekes at det kun er en formodning om at det også vil være en sykdom etter folketrygdloven. Det uttales om dette i forarbeidene:<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> NOU-1990-23 s. 134-135

*«Ikke alle tilstander som finnes på slike lister, vil være sykdommer i folketrygdlovens forstand. Det kan neppe gjelde allmenne og uspesifiserte tilstander som smerte, allmenn svakhetsfølelse/tretthet, engstelse for sykdom, generelle symptomer/plager og lignende. Som sykdomstilstander kan neppe heller regnes enkelte av de tilstander som er ført opp under psykiske lidelser, for eksempel søvnforstyrrelser, følelse av å være gammel, bekymring over seksuell legning, tobakksmisbruk og følelse av nedforhet.»*

Det er et grunnleggende prinsipp på velferdsrettens område at sykdommens årsak er uten betydning.<sup>21</sup> Dette utgangspunktet vil også gjelde i fastsettelsen av sykdomsbegrepet etter aml. § 15-8.

Når det gjelder rusmisbruk vil det være slik at sykdommens årsak kan få betydning. Arbeidsuførhet i forbindelse med enkeltstående tilfeller av rusmisbruk regnes ikke som sykdom. Dette gjelder selv om man dagen derpå har hodepine, oppkast og andre klare sykdomssymptomer. Bruk og misbruk av alkohol er ingen sykdom. Derimot er det slått fast i trygderettslig teori og praksis at kronisk alkoholisme anses som sykdom i folketrygdlovens forstand. Det kan imidlertid tenkes moralske holdninger som tilsier at selvforskyldte tilstander som alkoholisme, holdes utenfor folketrygdlovens sykdomsbegrep.<sup>22</sup>

Heller ikke enkeltstående tilfeller av stoffmisbruk regnes som sykdom, men i likhet med kronisk alkoholisme blir narkomani i utgangspunktet ansett som sykdom.

I de anerkjente diagnosene omfattes både fysiske og psykiske sykdommer.<sup>23</sup> Det følger av ftrl. § 8-4 annet punktum at sosiale og økonomiske problemer faller utenfor. Dette fremgår

---

<sup>21</sup> Arbeidsrett.no, lovkommentarer til aml § 15-8 punkt 4 av Monica Haugedal

<sup>22</sup> Kjønstad (2005) s. 241

<sup>23</sup> ibid. s. 238



også indirekte av forarbeidene<sup>24</sup>, som forutsetter en avveining mellom sykdom i medisinsk forstand, og andre vanskelige livssituasjoner. Det kan være vanskelig å trekke grensen mellom sosiale og psykiske problemer. Det kan tenkes en rekke sosiale forhold som på sikt kan føre til psykiske lidelser. Eksempler kan være konflikter på arbeidsplassen, dødsfall i nær familie, skilsmisse, livskriser, familieproblemer, dårlige boforhold og lignende. Hvorvidt slike sosiale forhold har gått over til å bli en psykisk lidelse som anses som sykdom, må vurderes konkret. Det må skilles mellom det som er en normal reaksjon på en vanskelig livssituasjon, og en sykkelig reaksjon på de sosiale forholdene.<sup>25</sup> Som nevnt tidligere vil ikke lettere psykiske lidelser oppfylle lovens krav. Dermed må det kreves mer enn symptomer på slike lettere psykiske lidelser, som for eksempel søvnforstyrrelser.

I 1993 ble de medisinske vilkårene innskjerpet i den daværende folketrygdloven av 1952. I forarbeidene til endringsloven<sup>26</sup> ble det uttalt at det gradvis har skjedd en liberalisering av sykdomsbegrepet, og at vanskelige livssituasjoner i økende grad har blitt ansett som sykdom. Dermed ble det ansett som hensiktsmessig å understreke i loven at økonomiske og sosiale problemer ikke gir rett til sykepenger. Det ble uttalt følgende:

*«Flertallet mener det er viktig at sykdomsbegrepet ikke utvannes og at det blir for lett å få sykemelding i enhver vanskelig livssituasjon.»*

På den annen side understreket departementet at en sykmelding i enkelte situasjoner også kan forebygge lengre sykdomsperioder. Et praktisk eksempel er dødsfall i nær familie. Ankenemnda for sykepenger i arbeidsgiverperioden har flere ganger behandlet dette spørsmålet. Et moment som blir tillagt vekt i vurderingen av om arbeidstakeren har rett til sykepenger, er begrunnelsen for fraværet, om arbeidstakeren begrunner fraværet med dødsfallet, eller om begrunnelsen er egen sykdom i forbindelse med dødsfallet. Videre vil det kunne

---

<sup>24</sup> Innst.O. nr. 71 (1992-1993) pkt. 1

<sup>25</sup> Kjønsstad (2005) s. 238

<sup>26</sup> Innst.O. nr. 71 (1992-1993) pkt. 1

være lettere å akseptere fravær i forbindelse med dødsfall i nær familie som sykdom dersom det foreligger sykmelding fra lege. Sykmelding fra lege er imidlertid kun et moment, og vil ikke være avgjørende i ethvert tilfelle.

## **2.4 Årsakssammenheng**

Arbeidsmiljøloven § 15-8 annet ledd oppstiller et krav om årsakssammenheng mellom oppsigelsen og sykefraværet. Arbeidstakeren er ikke vernet mot å bli sagt opp på andre grunnlag dersom oppsigelsen ellers er saklig begrunnet, jfr. aml. § 15-7.

### **2.4.1 Forhold på arbeidsgiverens side**

Dersom en virksomhet befinner seg i en situasjon hvor økonomien er dårlig, kan det være nødvendig å gå til nedbemanning for å kutte kostnader. Imidlertid er det ikke noe vilkår at økonomien må være dårlig. Det kan også være strategiske valg som nødvendiggjør en omorganisering, og etterfølgende oppsigelser. Det er virksomheten som må godtgjøre at innskrenkninger er nødvendige.<sup>27</sup>

Ved nedbemanninger vil valget ofte stå mellom flere ansatte, og arbeidsgiveren vil måtte foreta en vurdering av hvem som «må gå først». Ved denne utvelgelsen gjelder det også et saklighetskrav.<sup>28</sup>

Saklige utvelgelseskriterier i en nedbemanningsprosess vil typisk være ansiennitet og arbeidstakerens kompetanse. Det er imidlertid viktig å understreke at dersom det foreligger en oppsigelse grunnet nedbemanning innenfor verneperioden, må arbeidsgiveren bevise at nedbemanningen er den reelle grunnen, og at arbeidstakeren ikke er valgt ut på grunn av sykdommen, jfr. beviskravet i aml. § 15-8.

---

<sup>27</sup> Johansen (2011) s. 773

<sup>28</sup> Storeng (2011) s. 499

At en arbeidstaker er borte fra arbeidet på grunn av sykdom kan være kostbart for virksomheten, og krever i mange tilfeller vikar. Det er også ofte slik at når det foretas nedbemanning, vil den samme jobben måtte utføres av færre gjenværende arbeidstakere. Det vil derfor undertiden kunne være relevant å legge vekt på sykefravær ved utvelgelsen. Likevel finnes det flere grunner til at arbeidsgiveren bør vise varsomhet med å legge vekt på sykefravær ved utvelgelsen. Det følger av aml. § 15-8 at sykdom er en legitim fraværsgrunn, og allerede av den grunn ville det slå uheldig ut dersom det var vid adgang til å vektlegge dette i utvelgelsesprosessen i forbindelse med nedbemanning innenfor verneperioden.

Formålet med arbeidsmiljøloven tilsier også at arbeidsgiveren ikke kan stå fritt til å legge vekt på sykefraværet ved utvelgelsen. Det fremgår av aml. § 1-1 litra e at et av lovens formål er å bidra til et inkluderende arbeidsliv. Dette kan tilsi at syke og funksjonshemmede arbeidstakere bør vernes i en nedbemanningssituasjon.

Når en skal vurdere hvorvidt sykefravær kan vektlegges i en utvelgelsesprosess, må vurderingen ses i sammenheng med arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt overfor syke arbeidstakere, jfr. aml. § 4-6. Dette illustreres av en avgjørelse avsagt av Frostating lagmannsrett.<sup>29</sup> Saken gjaldt en yrkeshemmet 52 år gammel produksjonsmedarbeider med 21 års ansiennitet, som ble sagt opp i en nedbemanningsprosess. På grunn av arbeidstakerens medisinske tilstand kunne han ikke lenger jobbe nattskift. Retten drøftet virksomhetens ulemper med å tilrettelegge for arbeidstakeren opp mot ulempene en oppsigelse ville påføre arbeidstakeren, under hensyntagen til hans lange ansiennitet.

Retten uttalte om dette:

---

<sup>29</sup> LF-2002-115

*«Ved vurderingen av om oppsigelsen er saklig begrunnet, må det tas i betraktning de forpliktelser bedriften har til å legge forholdene til rette for den enkelte arbeidstaker.»*

Retten mente at det måtte foreligge klare grunner til at en arbeidstaker med så lang ansiennitet ikke skulle få beholde arbeidet. Retten kunne ikke se at slike gode grunner forelå. Det eneste reelle problemet var at arbeidstakeren av medisinske grunner ikke kunne gå nattskift. Retten konkluderte med at dette ikke var nok til å legge vekt på sykefraværet som utvelgelseskriterie. Retten mente at virksomheten uten nevneverdige problemer kunne ha overført arbeidstakeren til en annen avdeling, slik at han ikke trengte å jobbe nattevakter.

Avgjørelsen viser at dersom det kun er fraværet som sådan som er problemet, vil det ikke være saklig å legge vekt på sykdom ved utvelgelsen, dersom virksomheten har mulighet til å tilrettelegge for arbeidstakeren.

I en avgjørelse avsagt av Sarpsborg byrett<sup>30</sup> ble det uttalt at for å kunne legge vekt på sykefravær i en utvelgelsesprosess, må det være en forutsetning at det foreligger en velbegrunnet antakelse om fortsatt fremtidig sykefravær. Saken gjaldt en arbeidsgiver i en dagligvareforretning som ved nedbemanning valgte ikke å legge avgjørende vekt på en arbeidstakers lange ansiennitet. Begrunnelsen var at vedkommende arbeidstaker hadde hatt sykefravær over det normale. Arbeidstakeren hadde nettopp blitt operert og var kvitt plagene sine, noe hun tilbød å dokumentere med legeattest for arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren avslo dette tilbudet.

På bakgrunn av dette uttalte retten:

---

<sup>30</sup> RG-1985-202

*«Retten finner at bedriften gjorde en feil ved ikke å undersøke A's opplysninger nærmere. På bakgrunn av at A var en av dem med lengst ansiennitet i bedriften og en dyktig medarbeider, finner retten at det var grunnlag for bedriften å undersøke henne sykdomsutvikling nærmere etter de opplysning hun ga.»*

Resultatet ble at sykefraværet ikke kunne vektlegges ved utvelgelsen og oppsigelsen ble ansett usaklig.

Problemstillingen ble også behandlet av Drammen byrett,<sup>31</sup> hvor saken gjaldt en arbeidstaker som ble oppsagt under sykdom innenfor verneperioden etter den daværende vernebestemmelsen i aml. § 64. Arbeidstakeren ble sagt opp i en nedbemanningssituasjon, hvor hans mangelfulle arbeidsprestasjoner ble vektlagt i utvelgelsesprosessen. Han hadde også jevnt over hatt et høyt sykefravær. Arbeidstakeren hevdet at oppsigelsen i realiteten var begrunnet i sykefraværet. Etter en bevisvurdering, fant retten det overveiende sannsynlig at oppsigelsen var begrunnet i hans mangelfulle arbeidsprestasjoner. Retten uttalte imidlertid samtidig at det ikke var urettmessig å legge vekt på høyt sykefravær i en helhetsvurdering av hvem som må gå.

I en annen dom avsagt av Gulating lagmannsrett<sup>32</sup> ble resultatet det motsatte. Retten konkluderte her med at oppsigelsen innenfor verneperioden, som ledd i en nedbemanningsprosess, var saklig. Retten begrunnet resultatet hovedsakelig med at det var legitimt å ta hensyn til en arbeidstakers manglende allsidighet som utvelgelseskriterium. Det ble videre lagt vekt på arbeidstakerens sykefravær, og retten uttalte følgende:

*«Sætres langvarige sykefravær er også et moment som kan telle med. Han var som nevnt sykemeldt fra 19.10.-10.11. og fra 06.12.-14.12.84. Det var grunn for bedriften å regne med fortsatt relativt hyppige sykefravær.»*

---

<sup>31</sup> RG-1993-158

<sup>32</sup> NAD-1988-263

Den sistnevnte avgjørelsen viser at det kan være relevant å legge vekt på sykefravær ved utvelgelsen i en nedbemanningssituasjon. Det fremgikk imidlertid av dommen at det ikke var sykefraværet som sådan som begrunnet oppsigelsen, men snarere at han hadde en helsesituasjon som tilsa at det var begrensninger i forhold til hvordan han kunne utføre arbeidsoppgavene. Til tross for at virksomheten hadde grunn til å regne med fremtidig sykefravær, er det lite trolig at retten ville godtatt oppsigelsen dersom den kun var begrunnet i tidligere sykefravær.

#### 2.4.2 Forhold på arbeidstakerens side

Oppsigelse begrunnet i arbeidstakerens forhold innenfor verneperioden er bare gyldig dersom oppsigelsen har saklig grunn, jfr. aml. § 15-7. Dersom arbeidstakeren ikke oppfyller sine plikter, kan dette være saklig grunn for oppsigelse. Eksempler på dette kan være mangelfulle arbeidsprestasjoner, illojalitet og tyveri, men også dersom arbeidstakeren er vanskelig å samarbeide med. Imidlertid vil det i praksis ofte kunne være vanskelig for arbeidsgiveren å bevise samarbeidsproblemer.

Ved avgjørelsen av om oppsigelsen er saklig ved forhold på arbeidstakerens side vil det være av betydning hva som er grunnen til at arbeidstakeren har handlet eller ikke handlet slik vedkommende gjorde. Det kan foreligge både unnskyldende og skjerpende omstendigheter som får betydning for vurderingen. Sykdom er eksempel på en omstendighet som kan være legitim.<sup>33</sup> For eksempel vil det kunne få betydning dersom det foreligger mangelfulle arbeidsprestasjoner, og sykdommen er grunnen til forsømmelsen. Det uttales i juridisk teori<sup>34</sup>:

---

<sup>33</sup> Fanebust (2001) s. 236

<sup>34</sup> Arbeidsrett.no, kommentarer til aml § 15-7 pkt. 6 av Stig Åkenes Johnsen

*«Ved vurderingen av om arbeidstakeren har prestert dårligere enn det man med rimelighet kan forvente av ham, er det naturlig å se hen til om det foreligger ytre unnskyldende omstendigheter.»*

Problemstillingen kan særlig komme på spissen der det er tale om psykisk sykdom, hvor diagnose ofte ikke er lett å stille. Hvilken vekt det skal tillegges at forsømmelsen/årsaken til mangelfulle arbeidsprestasjoner skyldes sykdom, må vurderes konkret. Dersom man kommer frem til at forsømmelsen/årsaken til mangelfulle arbeidsprestasjoner skyldes sykdom, er arbeidstakeren vernet av aml. § 15-8 i de første tolv månedene. I motsatt fall vil forholdet måtte bedømmes ut fra den alminnelige regelen i aml. § 15-7. Det vil derfor være av betydning for arbeidstakeren om sykdommen anses godtgjort som årsak til forsømmelsen eller ikke.

Rettspraksis har trukket frem flere momenter som vil kunne få betydning ved vurderingen. Illustrerende for problemstillingen er en avgjørelse avsagt av Gulating lagmannsrett.<sup>35</sup> Saken ble avgjort etter den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977, men har likefullt relevans i dag. Saken gjaldt avskjed, men vil kunne belyse problemstillingen også i forhold til oppsigelse.

Saken gjaldt en arbeidstaker som ble avskjediget på grunn av ordrenektelse, uteblivelse fra arbeidet, samt flere unnlater av å etterkomme overordnede henstillinger. Retten la til grunn at arbeidstakeren led av en psykisk lidelse, og at forsømmelsene skyldtes sykdommen. I saken var sykdommen vanskelig å diagnostisere og arbeidsgiveren kunne ikke bebreides for å ha gått til avskjed.

---

<sup>35</sup> NAD-1986-264

I dette tilfellet, hvor ingen av partene var å bebreide, uttalte lagmannsretten at risikoen for at forsømmelsen skyldtes sykdommen påhvilde arbeidsgiveren. Avskjeden ble ansett urettmessig.

### 2.4.3 Bevisbyrde

For at en arbeidstaker skal være vernet etter bestemmelsen i aml. § 15-8 er det et krav i bestemmelsens annet ledd om årsakssammenheng mellom oppsigelsen og sykefraværet. Bestemmelsen er en presumsjonsregel. Det betyr at dersom arbeidstakeren er gitt en oppsigelse innenfor verneperioden, skal denne anses for å være begrunnet i sykefraværet, dersom ikke annet gjøres overveiende sannsynlig. Hensikten med bestemmelsen er at arbeidstakeren skal være vernet mot at andre oppsigelsesgrunner blir brukt som påskudd fra arbeidsgiveren, mens grunnen til oppsigelsen faktisk er sykefraværet.<sup>36</sup> Presumsjonsregelen er et viktig virkemiddel for å gjøre oppsigelsesvernet effektivt.

Presumsjonsregelen reiser hovedsakelig to problemstillinger. For det første reiser den spørsmålet om hvem som har bevisbyrden. For det andre reiser den deretter spørsmålet om hvor høy grad av sannsynlighet som kreves for at oppsigelsesgrunnen skal anses bevist.

Det følger allerede av bestemmelsens ordlyd at arbeidsgiveren har bevisbyrden, fordi utgangspunktet er at oppsigelsen anses begrunnet i sykefraværet.

At bevisbyrden ligger hos arbeidsgiveren ble også presisert i forarbeidene til 1977-loven:<sup>37</sup>

*«Hvis en arbeidsgiver vil si opp en arbeidstaker i det tidsrom han er vernet, vil derfor byrden med å føre sannsynlighetsbevis for at oppsigelsen har sin grunn i andre forhold enn sykefraværet, fullt ut påligge arbeidsgiveren.»*

---

<sup>36</sup> Jakhelln (2006)a s. 915

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76



Arbeidsgiveren må således føre bevis for at oppsigelsen skyldes andre forhold enn sykdommen, og disse forholdene må være helt uavhengige av sykdommen.

Det ble redegjort for dette i forarbeidene til 1977-loven<sup>38</sup>, hvor det ble uttalt:

*«Det vil her ikke være nok at det påvises grunner som sammen med sykefraværet kunne gi grunnlag for oppsigelse. Det må foreligge omstendigheter som helt uavhengig av sykefraværet gir saklig grunn for oppsigelse. Hensikten med bestemmelsen i denne paragraf er å sikre at arbeidstakeren så langt råd er, skal slippe å måtte sette i gang en prosess for å unngå å miste arbeidet, mens han er arbeidsufør. Det må derfor stilles strenge krav til arbeidsgiverens «beviser», i tilfelle hvor det blir påstått at oppsigelsen skyldes andre grunner.»*

Dette innebærer at arbeidsgiveren ikke kan gå til oppsigelse med en begrunnelse som på noen måte kan forbindes med sykefraværet. Hva som kreves for at en omstendighet skal anses som uavhengig av sykefraværet er drøftet i rettspraksis.

Problemstillingen ble behandlet i en dom fra Høyesterett av 1986<sup>39</sup> som ble avgjort etter 1977-lovens § 64. Saken gjaldt en yrkeshemmet arbeidstaker som var sagt opp. I saken tok retten stilling til hva som var grunnen til oppsigelsen. Arbeidsgiveren hadde gitt ulike begrunnelser for oppsigelsen, men retten konkluderte med at oppsigelsen reelt sett var begrunnet i sykefraværet. Retten la vekt på at sykefraværet ble brukt som oppsigelsesgrunn i oppsigelsesbrevet, og dette fremgikk dessuten av protokoller fra møter som var avholdt i virksomheten. Kravet til årsakssammenheng kom tydelig frem i avgjørelsen hvor retten uttalte følgende:

---

<sup>38</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76

<sup>39</sup> Rt-1986-224

*«Spørsmålet om det ville ha vært saklig grunnlag for å si opp A uavhengig av sykefraværene, har etter min mening ingen betydning i denne sak, idet bedriften har brukt sykefravær som oppsigelsesgrunn.»*

Det avgjørende vil være om arbeidsgiveren har saklig grunn for oppsigelse dersom en ser bort fra sykefraværet. Denne problemstillingen var ikke aktuell i den nevnte sak, hvor nettopp sykefraværet ble angitt som oppsigelsesgrunn. I tilfeller hvor oppsigelsesgrunnen er mer usikker, vil man imidlertid måtte foreta en nærmere bevisvurdering.

I en avgjørelse fra Eidsivating lagmannsrett<sup>40</sup> ble en salgssjef sagt opp etter 2 ½ måneds sykefravær. Oppsigelsen var ikke begrunnet med sykefraværet, men i forhold forutgående for dette. Hovedspørsmålet var om det var *«overveiende sannsynlig»* at oppsigelsen ikke skyldtes sykdommen. Retten fant det bevist at de mangelfulle arbeidsprestasjonene arbeidstakeren hadde utvist, skyldtes sykdommen. Etter dette kom retten til at arbeidstakeren var omfattet av det særlige sykdomsvernet i 1977-lovens § 64.

Det kan tenkes at sykefraværet fører til at en arbeidstaker ikke får nyttiggjort seg i tilstrekkelig grad av arbeidstrening eller lignende. Om oppsigelse på dette grunnlaget, uttalte Høyesterett i den tidligere nevnte avgjørelsen fra 1986<sup>41</sup> følgende:

*«Selv om bedriften legger avgjørende vekt på den konsekvens av sykefraværet at arbeidstakeren ikke kan nyttiggjøre seg den arbeidstrening som bedriften vil gi, kan dette ikke innebære at det er denne konsekvens, og ikke sykefraværet, som er oppsigelsesgrunn i forhold til arbeidsmiljølovens § 64»*

---

<sup>40</sup> NAD-1981-168

<sup>41</sup> Rt-1986-224

Dersom det var anledning til å «kamouflere» en oppsigelse ved å oppgi andre oppsigelsesgrunner, men hvor oppsigelsen egentlig var begrunnet i sykefraværet, ville ikke oppsigelsesvernet vært reelt.

En annen avgjørelse i denne sammenheng, er en nylig avsagt dom av Høyesterett.<sup>42</sup> Saken ble riktignok avgjort etter regelen i sjømannsloven § 14, men retten konkluderte med at regelen måtte forstås på samme måte som aml. § 15-8, og avgjørelsen vil dermed være relevant i denne sammenheng.

Saken gjaldt en skipsfører som under arbeid om bord på skip ble skadet i ankelen og deretter sykmeldt. Han mistet også sin helseattest som var en nødvendig forutsetning for å arbeide ombord på skipet. Uten denne helseattesten var det på det rene at han ikke lenger var tjenestedyktig, og som følge av dette gikk arbeidsgiveren til oppsigelse av ham.

Det springende punkt i saken var hvorvidt mangel av helseattest skyldtes forhold som var uavhengig av sykefraværet.

Om dette uttalte retten:

*«Videre er det på det rene at oppsigelsen – som er referert tidligere – er begrunnet i den udyktighetserklæringen som ble utferdighet. Det er samtidig ikke tvil om at bakgrunnen for utferdigelsen av erklæringen – og tapet av helseattesten – var de plagene A hadde i ankelen, og den arbeidsuførheten dette medførte. I og med at det var de samme ankeplagene som forårsaket tapet av helseattesten og som var årsak til arbeidsuførheten, taler etter min mening ordlyden i § 14 nr. 1 og nr. 2 for at A på tidspunktet for oppsigelsen var underlagt det særskilte stillingsvernet som følger av bestemmelsen.»*

---

<sup>42</sup> Rt-2011-596

Avgjørelsen viser at Høyesterett har lagt seg på en streng linje. I saken var det godtgjort av oppsigelsen skyltes andre grunner enn selve sykdommen, men likevel ble oppsigelsesgrunnen antatt å ha for nær sammenheng med sykdommen.

Det har blitt understreket i rettspraksis at det er arbeidsgiveren som må føre bevis for at begrunnelsen for oppsigelsen er reell, jfr. avgjørelse avsagt av Arbeidsretten i 1980.<sup>43</sup> Saken gjaldt en samvirkelagbestyrer som ble sagt opp fordi han ble observert beruset på arbeidet.

I sin drøftelse av bevisspørsmålet uttalte Arbeidsretten følgende:

*«Det er Breim S-lag som har bevisbyrden for at han var i en slik tilstand. Den tvil som er til stede om hvordan det rettelig forholdt seg må derfor gå ut over laget.»*

Bevisbyrden påhviler arbeidsgiveren, og spørsmålet blir således hvor stor grad av sannsynlighet som må foreligge for at bevisbyrden skal anses oppfylt.

Ordlyden i aml. § 15-8 annet ledd sier at det må være «*overveiende sannsynlig*» at oppsigelsen ikke er begrunnet i sykdommen. Ordlyden sier ikke noe mer konkret om hvor stor sannsynlighet som kreves, men det kan utledes av ordet «*overveiende*» at det skal mer til enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, eller 51 % sannsynlighet for at oppsigelsen ikke er begrunnet i sykdommen.

Det er også uttalt i forarbeidene til 1977-loven<sup>44</sup> at det må kunne stilles «*store krav*» til bevisene for at oppsigelsen skyldes andre grunner.

---

<sup>43</sup> ARD-1980-90

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1975) s. 77

At bevisbyrden er streng følger også av en avgjørelse avsagt av Høyesterett i 1996<sup>45</sup>, hvor Høyesterett uttalte at det påhviler arbeidsgiveren en relativt streng bevisbyrde for at oppsigelsen bygger på det faktiske grunnlag som er påberopt.

Reelle hensyn taler også for et strengt beviskrav. Det er arbeidstakeren som skal beskyttes av regelen, og det ville ikke vært noe reelt vern dersom det for eksempel var slik at arbeidsgiveren kunne gå til oppsigelse uten at oppsigelsesgrunnen var tilstrekkelig sannsynliggjort.

## **2.5 Beregning av tolv månedsperioden**

Verneperioden etter aml. § 15-8 er på tolv måneder. Dermed vil det i hvert enkelt tilfelle være viktig å fastslå når denne perioden begynner å løpe, og når den er utløpt.

### **2.5.1 Periodens startutgangspunkt**

Utgangspunktet er at fristen begynner å løpe når arbeidsuførheten «inntrådte», jfr. aml. § 15-8 første ledd. Ordlyden kan tolkes slik at fristen begynner å løpe direkte når sykdommen oppstår. Det er imidlertid lagt til grunn i juridisk teori at ordlyden skal tolkes slik at utgangspunktet for periodens starttidspunkt er dato for sykmelding, eventuelt egenmelding.<sup>46</sup>

Det vil ofte være uproblematisk å beregne perioden når arbeidstakeren blir sykmeldt en bestemt dato, og ikke kommer tilbake på jobb før verneperioden har gått ut. Derimot kan det tenkes flere tilfeller som gjør situasjonen mer uklar. Man kan tenke seg en situasjon hvor en sykmeldt arbeidstaker med jevne mellomrom kommer tilbake på jobb i kortere eller lengre perioder. Da oppstår det spørsmål om disse arbeidsperiodene gjør at fristen «avbrytes», og at ny verneperiode på tolv måneder dermed starter.

---

<sup>45</sup> Rt-1996-1401

<sup>46</sup> Arbeidsrett.no; lovkommentarer til aml § 15-8 første ledd, pkt. 6 av Monica Haugedal

### 2.5.2 Nytt sykefravær

Dersom arbeidstakeren kommer tilbake i arbeid i en periode før ny sykmeldingsperiode inntreffer, oppstår det spørsmål om hvorvidt fraværet skal anses som sammenhengende eller om fristen anses for avbrutt.

Bestemmelsen gir ikke direkte svar på spørsmålet, men ordlyden «*arbeidsuførheten*» kan tolkes slik at det kun er tale om én verneperiode. Dette vil imidlertid slå uheldig ut i de tilfeller hvor arbeidstakeren er borte fra arbeidet på grunn av ulike sykdommer.

At det ikke utelukkende kan være tale om én verneperiode, støttes av forarbeidene<sup>47</sup> hvor det uttales:

*«Hva som skal regnes som en sammenhengende fraværsperiode i tilfeller hvor arbeidstakeren etter en sykdomsperiode har vært tilbake på arbeidet og så blir syk igjen, må bero på en konkret vurdering.»*

Det er antatt i juridisk teori at fristen «avbrytes», og at en ny tolv måneders periode starter med ny sykmelding.<sup>48</sup> Selv med dette utgangspunktet må det imidlertid bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om fristen avbrytes eller ei. Ulike momenter vil kunne få betydning ved denne vurderingen. I forarbeidene<sup>49</sup> uttales det følgende om problemstillingen:

*«Det må blant annet vurderes hvor lenge arbeidstakeren har vært tilbake, og om fraværet har samme eller liknende sykdomsårsak. Utgangspunktet må imidlertid*

---

<sup>47</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231

<sup>48</sup> Jakhelln (2006)a s. 914-915

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231

*være at vernetiden begynner å løpe på nytt dersom arbeidstaker har gjeninntrådt etter sykemelding, med mindre den tiden vedkommende har vært tilbake i jobb er kortvarig. Dette innebærer at bestemmelsen som hovedregel ikke gir adgang til å summere korte, men hyppige fravær»*

Det skal altså tas utgangspunkt i hvor lenge arbeidstakeren har vært tilbake i arbeid. Dersom arbeidstakeren kun er tilbake i arbeid i noen dager for så å bli sykmeldt igjen, vil det oftere kunne bli ansett som en sammenhengende fraværperiode, slik at verneperioden dermed ikke anses avbrutt, men løper videre.

Videre skal det legges vekt på om fraværet har samme eller lignende sykdomsårsak. Det ville vært urimelig overfor arbeidsgiveren dersom en arbeidstaker som stadig er sykmeldt av samme årsak, men er tilbake i arbeid i kort tid gjentatte ganger skal kunne avbryte fristen og i prinsippet ha ubegrenset med verneperioder. Er det derimot snakk om en arbeidstaker som stadig er borte fra arbeidet på grunn av ulike sykdomsgrunner, vil hensynet til arbeidstakeren måtte veie tyngre, slik at fristen avbrytes og ny verneperiode starter.

Rettspraksis viser at nettopp sykdomsårsaken kan bli avgjørende for vurderingen, selv om det er tale om veldig kort arbeidsperiode mellom sykeperiodene. En dom avsagt av Nordre Sunnmøre tingrett<sup>50</sup> omhandlet en sykmeldt helikopterflyver som ble sagt opp. Han hadde vært sykmeldt forut for oppsigelsen i to perioder, først for lungebetennelse og deretter for bronkitt. Deretter ble han friskmeldt i en periode på syv dager, for så å bli sykmeldt igjen. Denne gangen på grunn av ryggsmarter og problemer med en fot. Det oppstod tvist om oppholdet mellom sykmeldingene var nok til å avbryte fristen. Retten måtte ta stilling til hvorvidt en ny verneperiode startet ved den nye sykmeldingen. Retten kom til at selv en liten periode på noen dager kan være nok til at fristen avbrytes, og at ny verneperiode starter.

---

<sup>50</sup> RG-1988-735

Retten uttalte følgende:

*«(...)en forstår loven slik at selv den kortvarige friskmeldingen fra 9. til 15. mars – og i hvilken periode A var i aktivt flyverarbeid – etter lovens ordlyd må ha til følge at forutgående sykmeldingsperiode ble avbrutt og erstattet av en ny.»*

Det ble også lagt vekt på at det var tale om to ulike sykmeldingsgrunner, og retten konkluderte etter dette med at verneperioden var avbrutt. Det kan tenkes at retten hadde kommet til motsatt resultat dersom det hadde vært tale om samme sykdomsgrunnlag.

Hva som skal regnes som «*samme eller lignende sykdom*» vil i utgangspunktet være en medisinsk vurdering. Dersom det er tale om samme diagnose vil vilkåret være oppfylt. I og med at forarbeidene<sup>51</sup> også nevner «*lignende*» sykdommer, kan det ikke tolkes så strengt som at det må være lik diagnose. Dommen som nevnt over viser et eksempel på at to sykdommer, som bronkitt og lungebetennelse, vil kunne bli ansett som «*samme eller lignende sykdom*».

## 2.6 Dokumentasjonskravet

Varslingsplikten følger av aml. § 15-8 tredje ledd:

*«Arbeidstaker som påberoper seg oppsigelsesvern etter denne paragraf, må ved legeattest eller på annen måte innen rimelig tid gi varsel om grunnen til fraværet. Om arbeidsgiver krever det, må det samlede sykefravær godtgjøres ved legeattest»*

Bestemmelsen reiser to problemstillinger. For det første hva slags dokumentasjon som kreves, og for det andre når den må gis.

---

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s 231



Det fremgår av ordlyden at legeattest vil oppfylle lovens krav. Det samme vil gjelde egen-erklæring i tilfeller hvor fraværet ikke overstiger tre kalenderdager, jfr. ftrl. § 8-24 fjerde ledd. Det er altså arbeidstakeren som har bevisbyrden for at fraværet er lovlig.

Ordlyden «*eller på annen måte*» tilsier at også andre måter enn dokumentasjon ved legeattest må kunne aksepteres.

Borgarting lagmannsrett uttalte seg om dette i en avgjørelse fra 2003.<sup>52</sup> Dommen omhandlet en kranfører som ble oppsagt på grunn av manglende kommunikasjon i forbindelse med sykefravær. Vedkommende hadde sendt en tekstmelding til arbeidsgiveren om sykefraværet, noe lagmannsretten ikke godtok som tilstrekkelig dokumentasjon.

Videre heter det i bestemmelsen i aml. § 15-8 tredje ledd at arbeidstakeren må varsle «*innen rimelig tid*». Uttrykket «*innen rimelig tid*» er nytt i nåværende arbeidsmiljølov. Etter 1977-loven var kravet at det skulle dokumenteres «*innen rett tid*». Det uttales i forarbeidene<sup>53</sup> at det imidlertid ikke foreligger noen realitetsendring, selv om begrepsbruken er noe forandret.

Hva som ligger i kravet om dokumentasjon «*innen rimelig tid*», sier ikke ordlyden noe konkret om.

Derimot er det antydning i juridisk teori<sup>54</sup> at det må være et minstekrav at arbeidstakeren gir beskjed om at fraværet skyldes sykdom så snart det blir anledning til dette, og/eller så snart det etter forholdene rimelig kan kreves.

---

<sup>52</sup> LB-2002-2867

<sup>53</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 335.

<sup>54</sup> Storeng (2011) s. 478

Det må antas at underretningen må gis relativt raskt. Det kan ikke godtas at arbeidstakeren bruker unødvendig tid, så lenge muligheten til å gi beskjed er til stede.

Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor det kan aksepteres at underretningen tar noe lenger tid, for eksempel der det foreligger en ulykke og vedkommende av den grunn vil ha vanskeligheter med å gi beskjed.

I en avgjørelse fra Gulating lagmannsrett<sup>55</sup> kom retten til at arbeidstakeren ikke kunne bebreides for ikke å ha varslet på riktig måte. Saken gjaldt en rektor i en barnehage som hadde et ulegitimert fravær på 10 dager. Oppsigelsen ble ansett usaklig, til tross for det ulegitimerte fraværet.

Det ble uttalt at styret i barnehagen hadde vært vitne til at rektoren ble tynnere og tynnere, og at dette hadde vært diskutert. På den bakgrunn uttalte retten:

*«Samlet sett underbygger det ovennevnte at stiftelsen ved styret var kjent med at det forelå sykdom selv om ikke dette var meddelt stiftelsen uttrykkelig.»*

Arbeidstakeren hadde i dette tilfellet levert legeerklæring i ettertid om situasjonsbestemt ubalanse. Dommen er et eksempel på at sykdommen kan lempe på arbeidstakerens varslingsplikt, og at arbeidsgiveren kan ha grunn til å undersøke forholdene nærmere.

Selv om det ikke fremgår av ordlyden, er det er uttalt i juridisk teori<sup>56</sup> at varselet også må gis til rett person. Videre er det antatt at det kan lempes på dette kravet i tilfeller hvor årsaken til manglende kommunikasjon skyldes selve sykdommen. Det kan tenkes tilfeller, for eksempel ved depresjoner, hvor arbeidstakeren kan ha problemer med å kommunisere med arbeidsgiveren.

---

<sup>55</sup> LG-1999-672

<sup>56</sup> Skarning (2011) s. 92

I en dom avsagt av Borgarting lagmannsrett<sup>57</sup> hadde arbeidstakeren gitt beskjed om sitt sykefravær til sentralbordet, og ikke sin nærmeste overordnede. Det var tale om ulike sykemeldingsperioder, og for den første perioden kom retten til at det var tilstrekkelig å gi beskjed til sentralbordet. Retten la til grunn at det som utgangspunkt skal varsles til arbeidstakerens nærmeste overordnede, men at det kan gjøres unntak i tilfeller hvor virksomheten har andre rutiner, og uttalte følgende:

*«Dersom det er etablert andre rutiner i bedriften for slik kontakt, er det selvsagt disse som skal følges.»*

## 2.7 Tvister

Det gjelder egne regler om søksmålsfrister i tvister som omhandler oppsigelse innenfor verneperioden, jfr. aml. § 17-5 første ledd. Der fremgår det at fristen for å kreve forhandlinger eller gå til søksmål ikke begynner å løpe før vernet etter aml. § 15-8 opphører. Dette gjelder uavhengig av om arbeidstakeren er friskmeldt eller ikke, når oppsigelsesforbudet opphører.<sup>58</sup> Fristen begynner således uansett å løpe når det har gått tolv måneder. Men dersom arbeidstakeren er sykmeldt når oppsigelsesforbudet opphører, vil fristen kunne forlenges. I så fall forlenges søksmålsfristen med det antallet dager arbeidstakeren har vært fraværende.

Det følger av ordlyden i aml. § 17-5 tredje ledd at domstolene har fritt skjønn om oppfriskning skal gis eller ikke.

---

<sup>57</sup> LB-2012-40490

<sup>58</sup> Arbeidsrett.no; lovkommentarer til aml. § 17-5 pkt. 2 av Tor Kielland

Hva som er hensynet bak de særskilte bestemmelsene om søksmålsfrister ble omtalt i forarbeidene<sup>59</sup>, hvor det ble uttalt følgende:

*«Begrunnelsen for de særskilte prosessreglene var at en kort behandlingstid ved domstolene er nødvendig for å sikre et effektivt oppsigelsesvern.»*

Videre vil også rimelighetshensyn tale for at det gis fristforlengelse i tilfeller hvor arbeidstakeren er sykmeldt. Det vil kunne slå uheldig ut dersom fristen skulle utløpe i en periode hvor en arbeidstaker er syk, og allerede i en sårbar situasjon.

### **3 Oppsigelsesvernet etter utløpt verneperiode**

#### **3.1 Ordinært oppsigelsesvern**

Det følger av regelen i aml. § 15-8 at den særskilte verneperioden utløper etter at arbeidstakeren har vært borte fra arbeidet i tolv måneder. Foretar man en antitetisk tolkning av bestemmelsen, kan det se ut som om arbeidstakeren ikke lenger er vernet mot oppsigelse på grunn av sykefravær etter at denne perioden er over. Dette er ikke riktig. En arbeidstaker vil fortsatt ha sitt alminnelige oppsigelsesvern i behold, jfr. aml. § 15-7. Det betyr at dersom arbeidsgiveren ønsker å si opp en arbeidstaker på grunn av sykefravær etter verneperioden, vil dette kreve saklig grunn.

Saklighetskravet er en rettslig standard og må følge utviklingen i samfunnet. De sosiale forholdene vil endre seg over tid, og innholdet i saklighetskravet vil dermed endre seg med årene. Det som tidligere ble ansett som saklig, vil ikke nødvendigvis være saklig i dag. Det fremgår også av forarbeidene til 1977-loven<sup>60</sup>, hvor det uttales at:

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 206

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

*«Det er på den annen side klart at forståelsen av hva som må til for at en oppsigelse skal være saklig, ikke er statistisk.»*

### **3.2 Når er sykefravær «saklig grunn» til oppsigelse**

Høyt sykefravær kan være en legitim grunn til å si opp en ansatt etter utløpet av verneperioden. Ved vurderingen av om en oppsigelse på grunn av sykefravær etter utløpet av verneperioden vil være saklig, må arbeidstakerens og arbeidsgiverens behov veies mot hverandre i en konkret helhetsvurdering.

Gjennom rettspraksis har det utviklet seg en rekke momenter som vil få betydning ved denne helhetsvurderingen.

Et viktig moment vil knytte seg til om arbeidsgiveren har fulgt de plikter til oppfølging, tilrettelegging mv. som følger av aml. § 4-6. Videre må det tas hensyn til sykdommens prognoser, samt lengden av sykefraværet. Et annet moment er hvilke konsekvenser sykefraværet vil ha for virksomhetens videre drift og eventuell byrde for de øvrige ansatte. Man vil også måtte se hen til andre forhold, slik som for eksempel alder, ansiennitet og sosiale forhold. Til slutt vil det kunne få betydning for vurderingen hvorvidt arbeidsgiveren har fulgt de saksbehandlingsregler som gjelder ved oppsigelser. Da tenkes det først og fremst på kravet om at det skal innkalles til drøftelsesmøte i forkant av en oppsigelse, jfr. aml. § 15-1. Jeg kommer nærmere inn på disse momentene i det følgende.

#### **3.2.1 Avveiningen mellom arbeidsgiverens og arbeidstakerens interesser**

Arbeidsgiverens behov for oppsigelse vil typisk være nødvendigheten av avklaring i en sykmeldingssituasjon, herunder de driftsmessige utfordringene fraværet kan medføre. Arbeidstakerens behov for oppsigelsesvern vil være av mer sosial karakter, eksempelvis utfordringen med å finne nytt arbeid, og eventuelt havne i trygdesystemet.

### 3.2.1.1 Ulemper for arbeidsgiveren

Det vil kunne skape problemer for en arbeidsgiver når en ansatt blir sykmeldt. Selvsagt vil det variere hvor store konsekvenser dette medfører. I noen tilfeller blir utfordringene løst uten nevneverdige problemer, eksempelvis ved at arbeidet fordeles mellom gjenværende arbeidstakere, eller at det skaffes vikar der det er tale om lengere sykefravær. Imidlertid lar ikke alltid problemene seg løse ved at det settes inn vikar. Det kan tenkes at det er tale om en stilling som krever særlig kompetanse, slik at opplæringen vil kunne være omfattende og kostbart. Særlig gjelder dette hvor arbeidstakeren blir friskmeldt i kort tid etter vikaren er selvdreven, noe som vil kunne hindre kontinuiteten i virksomheten. I motsatt tilfelle kan det vise seg at vikaren fungerer godt i stillingen og at arbeidsgiveren derfor er interessert i at denne skal fortsette i stillingen, og dermed ønsker å si opp arbeidstakeren som er sykmeldt. Det er antatt at slike hensyn vil kunne få betydning, men bare dersom arbeidsgiveren har oppfylt tilretteleggingsplikten og at sykdomsbildet for øvrig er uklart.<sup>61</sup>

Sykefravær vil ofte skape problemer for arbeidsgiveren i større eller mindre grad. Hvor store problemer et sykefravær kan medføre, avhenger i stor grad av hva slags type virksomhet det gjelder. Er det en stor virksomhet, vil det ofte skape mindre problemer, da det vil være flere ansatte til å dele på den sykes arbeidsoppgaver. Er det derimot tale om en liten virksomhet, vil ofte problemene være større.

Problemene kan være av både praktisk og økonomisk karakter. Ved lengre sykefravær vil det kunne bli kostbart med vikarordninger, samt at virksomhetens drift vil kunne bli utfordret. Dette gjelder da særlig for små virksomheter. Riktignok opphører arbeidsgiverens lønnsplikt allerede etter utløpet av arbeidsgiverperioden, jfr. ftrl. § 8-19. I noen tilfeller har imidlertid arbeidsgiveren forpliktet seg til å utbetale sykepenger utover det som overstiger grensen i folketrygdloven, jfr. § 8-10 annet ledd. I slike tilfeller vil arbeidsgiverens lønnsplikt for mellomlegget opphøre etter ett års sykmelding. Da arbeidstakeren kun har krav på

---

<sup>61</sup> Kokkvold (2005) s. 53

sykepenger i ett år, opphører også arbeidsgiverens eventuelle forpliktelse til dekning av mellomlegget for lønn over 6 x Grunnbeløpet.

Hva slags type stilling den sykmeldte har, vil også være av betydning. Har arbeidstakeren mye ansvar, og mye kontakt med kunder og lignende, vil et sykefravær kunne skape større problemer for virksomheten, enn sykefravær hos arbeidstakere uten et slikt ansvar.

Det er naturlig at det i en situasjon der en arbeidstaker er borte på grunn av sykefravær, etter hvert blir behov for å klarlegge situasjonen. Arbeidsgiveren må kunne planlegge den fremtidige driften, og da vil eventuelle sykefravær være av stor betydning for framtidsutsiktene.

I dom avsagt av Frostating lagmannsrett<sup>62</sup> måtte hensynene til arbeidstakeren vike for arbeidsgiverens interesser. Saken gjaldt oppsigelse på grunn av sykefravær. Arbeidstakeren hadde vært sykmeldt i fire måneder utover verneperioden, som for kommunalt ansatte var to år. Retten kom til at oppsigelsen var saklig og ikke urimelig. I vurderingen uttalte retten følgende:

*«Selvsagt vil en oppsigelse for A få negative konsekvenser for henne. I den alder hun nå er, og etter lang tids sykdom, kan det bli vanskelig å få nytt arbeid. Hvis så er tilfelle vil også den økonomiske situasjonen bli vanskeliggjort. Disse hensyn må vike mot arbeidsgivers behov for avklaring etter så lang tid med fravær på grunn av sykdom.»*

En dom fra Tana og Varanger herredsrett<sup>63</sup> omhandlet en mekaniker på et lager som ble sagt opp på grunn av sykefravær. Han hadde hatt omfattende fravær over flere år, og så høyt som 131 dager ett av årene. Retten kom etter en totalvurdering til at oppsigelsen var

---

<sup>62</sup> LF-2004-27911

<sup>63</sup> RG-1985-577

saklig begrunnet i sykefraværet. Retten la til grunn at sykefraværet påvirket den jevne og rasjonelle driften. Fraværet hadde også ført til en viss økonomisk belastning for virksomheten, samt at situasjonen hadde blitt problematisk for de øvrige ansatte.

#### 3.2.1.2 Ulemper for arbeidstakeren

Det vil som oftest være en fortvilet situasjon for en arbeidstaker å miste arbeidsplassen sin, og situasjonen kan i tillegg forverres ved ulike sosiale forhold. Det kan tenkes at arbeidstakeren har en omsorgsbyrde som er avhengig av den inntekten som arbeidet gir, eller at arbeidstakeren har stor gjeld å betjene. Det kan også tenkes at arbeidstakeren er i en vanskelig livssituasjon, slik at tapet av arbeidet er ekstra byrdefullt. Hvor stor vekt slike forhold vil kunne få, avhenger blant annet av om arbeidstakeren har andre tilfredsstillende alternativer. Ofte vil det være slik at den økonomiske situasjonen vil kunne avhjelpes ved hjelp fra det offentlige.

Det uttales i juridisk teori<sup>64</sup> at:

*«Det må vurderes hvilke alternativer som foreligger, i form av arbeid annetsteds eller kompensasjon ved private eller offentlige pensjons- eller trygdeordninger.»*

I en oppsigelsesvurdering er det ikke kun det økonomiske aspektet ved å miste arbeidsplassen som har betydning for arbeidstakeren. For veldig mange vil også det sosiale ha stor betydning. Om dette er det uttalt i forarbeidene<sup>65</sup>:

*«Å inkludere flest mulig i arbeidslivet dreier seg også om at deltagelsen for den enkelte betyr mer enn bare å kunne heve lønn. Jobben er en viktig arena for sosial tilhørighet og muligheter til å bruke sine evner og ressurser. Tilhørighet til arbeidslivet handler derfor også om livskvalitet i ordets videste forstand.»*

---

<sup>64</sup> Fanebust (1995) s. 162

<sup>65</sup> NOU-2004-5 s. 110



Videre vil arbeidstakerens alder kunne få betydning ved saklighetsvurderingen. Jo eldre en arbeidstaker er på oppsigelsestidspunktet, jo vanskeligere vil det være å skaffe nytt arbeid. Høy alder er likevel ikke alltid avgjørende. Er det tale om en arbeidstaker som nærmer seg pensjonsalder, vil det kunne være muligheter for førtidspensjonering, og momentet vil således ikke være like tungtveiende.<sup>66</sup> En arbeidstakers ansiennitet vil også kunne få betydning ved saklighetsvurderingen. Dersom det er tale om en arbeidstaker med lang ansiennitet, vil dette kunne skjerpe saklighetskravet. Dette illustreres av en dom avsagt av Hadeland og Land tingrett i 2006<sup>67</sup> hvor en arbeidstaker med lang ansiennitet ble sagt opp på grunn av sykefravær. Retten foretok en helhetsvurdering av de relevante momentene i saken, og uttalte følgende:

*«(...)As høye alder og 34-årige ansiennitet hever terskelen for hva som utgjør en saklig oppsigelse, jfr Rt-1978-160.»*

I en annen avgjørelse av Frostating lagmannsrett 2011<sup>68</sup> ble arbeidstakeren sagt opp på grunn av sykefravær. Hun hadde kun vært ansatt i litt over 2 ½ år. Retten kom til at oppsigelsen var saklig, og la ved vurderingen vekt på at arbeidsforholdet hadde vært kortvarig.

### 3.2.2 Arbeidsgiverens plikt til oppfølging og tilrettelegging

For at en oppsigelse med grunnlag i sykefravær skal kunne anses som saklig etter verneperiodens utløp, er det en forutsetning at arbeidsgiveren har fulgt oppfølgings- og tilretteleggingsplikten som følger av aml. § 4-6. En oppsigelse vil lettere bli godtatt som saklig dersom arbeidsgiveren kan dokumentere at arbeidstakeren har blitt fulgt opp og tilrettelagt for

---

<sup>66</sup> Fanebust (1995) s. 163-164

<sup>67</sup> THADE-2006-37535

<sup>68</sup> LF-2011-195233

både gjennom verneperioden og etter utløpet av denne. Det er uttalt i juridisk teori<sup>69</sup> at dersom arbeidsgiveren ikke har oppfylt sin oppfølgings- og tilretteleggingsplikt, vil en oppsigelse etter utløpet av verneperioden grunnet sykefravær vanskelig bli ansett som saklig.

#### 3.2.2.1 Generelt om tilretteleggingsplikten

Etter aml. § 4-6 har arbeidsgiveren en særskilt plikt til å tilrettelegge for sykmeldte arbeidstakere. Tilretteleggingsplikten gjelder for arbeidstakere som har blitt hemmet i sitt yrke som følge av sykdom, ulykke, slitasje eller lignende, og plikten gjelder uavhengig av årsaken.<sup>70</sup> Før 1977-loven trådte i kraft var det slik at loven kun påla arbeidsgiveren tilretteleggingsplikt i tilfeller hvor skaden hadde oppstått på arbeidsplassen. Ved 1977-loven ble det imidlertid slik at arbeidsgiveren hadde plikt til å tilrettelegge selv om skaden hadde skjedd uavhengig av arbeidet.<sup>71</sup> I forarbeidene til 1977-loven<sup>72</sup> ble det imidlertid uttalt at arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt vil være særlig vidtgående dersom en yrkeshemming har sammenheng med forholdene på arbeidsplassen.

Arbeidsgiveren er videre forpliktet til å følge opp arbeidstakeren under sykdom, herunder plikter arbeidsgiveren å utarbeide oppfølgingsplan, samt innkalle til dialogmøte, jfr. aml. § 4-6 tredje og fjerde ledd. I henhold til bestemmelsen skal arbeidsgiveren ha utarbeidet oppfølgingsplan innen arbeidstakeren har vært sykmeldt i fire uker. Formålet med oppfølgingsplanen følger av forarbeidene<sup>73</sup> hvor det uttales følgende:

*«Hensikten med en slik oppfølgingsplan er å identifisere hva som skal til for at arbeidstakeren skal kunne fungere i sitt arbeid, det vil si å finne hensiktsmessige tiltak som skal iverksettes etter § 13 nr. 2.»*

---

<sup>69</sup> Storeng (2011) s. 478

<sup>70</sup> Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 3-4

<sup>71</sup> ibid. s. 4

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 70

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104

Det er viktig at oppfølgingsplanen blir utarbeidet så raskt som mulig slik at arbeidstakeren raskere kan komme tilbake i arbeidet.

I henhold til aml. § 4-6 tredje ledd skal oppfølgingsplanen inneholde en vurdering av arbeidstakerens arbeidsoppgaver og arbeidsevne. Videre skal den inneholde en oversikt over aktuelle tiltak, samt en plan for videre oppfølging. Hvor godt utarbeidet planen skal være, vil avhenge av ulike faktorer. Det følger av forarbeidene<sup>74</sup> at:

*«Hvor omfattende planen og tiltakene skal være, vil avhenge av hvor omfattende funksjonssvikten er, og varigheten av den.»*

Som et ledd i oppfølgingsarbeidet skal arbeidsgiveren også innkalle arbeidstakeren til dialogmøte innen syv uker, jfr. aml. § 4-6 fjerde ledd. Møtet skal dreie seg om kartlegging og gjennomgang av oppfølgingsplanen.

I henhold til aml. § 4-6 begrenses imidlertid arbeidsgiverens oppfølgingsplikt til de tilfeller hvor det ikke er «åpenbart urimelig». Hva som ligger i dette er omtalt i forarbeidene:<sup>75</sup>

*«Her siktes det for det første til saker der sykdoms- eller skadetilfellene er av en slik art at arbeidstakeren vil vende tilbake til jobb uten at det er behov eller muligheter for særlige tilretteleggingstiltak på arbeidsplassen. Også tilfeller med alvorlige sykdomstilstander hvor det kan fastslås at vedkommende arbeidstaker ikke vil være i stand til å vende tilbake til arbeid, vil omfattes av unntaket»*

Videre er det lagt til grunn i juridisk teori<sup>76</sup> at det avgjørende vil være hvorvidt det er foretatt en grundig vurdering av arbeidsevnen i samråd med arbeidstakeren.

---

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 104

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9

For at arbeidsgiveren skal kunne settes i stand til å oppfylle sine oppfølgingsplikter, er det imidlertid en forutsetning at også arbeidstakeren samarbeider. Målet er at arbeidstakeren skal tilbake i arbeid, og arbeidstakeren må også selv samarbeide mot dette målet.

Arbeidsmiljøloven pålegger derfor arbeidstakeren en medvirkningsplikt i forbindelse med oppfølgings- og tilretteleggingsarbeidet, jfr. aml. § 2-3 litra f og g. Etter aml. § 2-3 litra f skal arbeidstakeren:

*«medvirke ved utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplaner ved helt eller delvis fravær fra arbeidet på grunn av ulykke, sykdom, slitasje eller lignende,»*

For at arbeidsgiveren skal kunne sette i gang oppfølgingsarbeidet av den sykmeldte, trenger arbeidsgiveren nødvendige opplysninger om helsetilstanden. Medvirkningsplikten innebærer at arbeidstakeren må gi arbeidsgiveren opplysninger om sin funksjonsevne, herunder hva arbeidstakeren har kapasitet til å utføre av arbeidsoppgaver.

Problemstillingen i dette henseende blir hvor langt opplysningsplikten strekker seg. Det kan tenkes at arbeidstakeren har visse behov for å holde tilbake enkelte opplysninger om sin helsetilstand, da disse opplysningene for vedkommende anses konfidensielle. Ordlyden i aml. § 2-3 annet ledd litra f gir ingen veiledning i denne sammenheng. Derimot gir uttalelsene i forarbeidene<sup>77</sup> veiledning i denne vurderingen:

*«Som tidligere nevnt må utgangspunktet være at dialogen og samarbeidet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker skal bygge på en vurdering av arbeidsevne, og ikke på medisinsk diagnose. Fokus skal således rettes mot hva arbeidstaker kan og ikke kan gjøre av arbeidsoppgaver. Det er viktig at arbeidsgivers plikter til individuell*

---

<sup>76</sup> Arbeidsrett.no; lovkommentarer til aml § 4-6 pkt. 16 av Aili Stenseth Vatvedt

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 6 (2006-2007) s. 9

*tilrettelegging ikke medfører utilbørlig press på arbeidstaker om å utlevere forhold av privat art, f.eks. pågående utredning for alvorlig sykdom, psykiske kriser, komplikasjoner i forbindelse med abort/graviditet osv.»*

Arbeidsgiverens plikt og mulighet til å tilrettelegge begrenses således dersom arbeidstakeren uten rimelig grunn unnlater å samarbeide.

Det følger videre av rettspraksis at arbeidstakerens medvirkningsinnsats får betydning ved saklighetsvurderingen, herunder ved vurderingen av om arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt er oppfylt. En avgjørelse avsagt av Borgarting lagmannsrett fra 2007<sup>78</sup> omhandlet en ansatt i Riksrevisjonen som ble sagt opp på grunn av omfattende sykefravær. Retten anså oppsigelsen saklig, og la i denne sammenheng vekt på arbeidstakerens manglende medvirkning. Retten uttalte følgende:

*«De avgjørende momenter i en samlet vurdering har for lagmannsretten som for tingretten vært As nektelse av å utføre pålagt arbeid i de perioder han var friskmeldt, hans manglende medvirkning til å finne løsninger på en situasjon som var vanskelig for begge parter(...)»*

Retten slo fast at arbeidsgiveren hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt, og uttalte:

*«I forbindelse med sykdommen og det omfattende fraværet har A gjennomgående blitt tilbudt forslag til oppfølging, endringer og tilpasninger som i alle fall burde ha vært grunnlag for en dialog mellom partene»*

---

<sup>78</sup> LB-2007-893

### 3.2.2.2 Hovedregelen i aml. § 4-6 og IA-avtalen (inkluderende arbeidsliv)

Reglene om sykefraværsoppfølging har vært endret flere ganger det siste tiåret. Generelt har tendensen gått mot stadig større grad av ansvarliggjøring og pliktig oppfølging fra alle aktører.

IA-avtalen er en avtale inngått mellom Regjeringen og ulike arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner i 2001. Avtalen er senere endret flere ganger, sist i 2010. IA-avtalens overordnede mål er å forebygge og redusere sykefravær, styrke jobbnærværet og bedre arbeidsmiljøet, samt hindre utstøting og frafall fra arbeidslivet.

I 2011 ble aml. § 4-6 endret<sup>79</sup> slik at den ble i samsvar med endringene i IA-avtalen fra 2010. I høringsbrevet ble det presisert at lovforslagene ville gjelde uavhengig av om virksomhetene har inngått IA-avtalen eller ikke. Lovendringen endret fristen for arbeidsgiveren til å utarbeide oppfølgingsplan for den sykmeldte allerede etter fire ukers sykefravær. Tidligere var det slik at oppfølgingsplan skulle utarbeides senest etter seks uker. I tillegg ble fristen for å avholde dialogmøte fremskyndet fra tolv til syv uker.

I og med at loven ble endret slik at den samsvarer med IA-avtalen, er det ikke lenger noen forskjell i forpliktelsene til de som er medlemmer av IA-avtalen og de som ikke er det.

### 3.2.2.3 Rekkevidden av oppfølgings- og tilretteleggingsplikten

Det fremgår av ordlyden i aml. § 4-6 at tilretteleggingsplikten strekker seg «*så langt det er mulig*». En ordlydsfortolkning tilsier at tilretteleggingsplikten er vid.

Det følger av forarbeidene<sup>80</sup> at tilretteleggingskravet er omfattende. Det uttales blant annet: «*tilretteleggingsplikten er vidtrekkende, men ikke absolutt*».

---

<sup>79</sup> Prop. 89 L (2010-2011)

<sup>80</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309

Det uttales også:

*«Det skal foretas en konkret helhetsvurdering, der virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre.»*

I kravet om tilrettelegging ligger det også en omplasseringsplikt for arbeidsgiveren, jfr. aml. § 4-6, som innebærer at det kan bli aktuelt å omplassere arbeidstakeren til et annet arbeid.

Som eksempler på tilretteleggingstiltak nevner aml. § 4-6 blant annet tilrettelegging av arbeidstiden, endringer i arbeidsutstyr og arbeidsrettede tiltak. Arbeidsgiveren må i hvert enkelt tilfelle vurdere konkret hvilke tiltak det er mulig å iverksette. Virksomhetens økonomiske situasjon kan føre til at det ikke alltid er mulig å gjennomføre all nødvendig og hensiktsmessig tilrettelegging. Det vil være slik at der det er tale om en virksomhet med begrensede midler, kan det ikke stilles like høye krav som for større virksomheter med betydelige midler. På den annen side ble det presisert i forarbeidene<sup>81</sup> at:

*«(...)også mindre ressurssterke virksomheter vil ha et vidtrekkende ansvar etter arbeidsmiljøloven § 4-6.»*

Det er også naturlig at tilretteleggingsplikten omfang vil variere ut i fra om det er tale om en stor eller liten virksomhet. Det vil være slik at jo større virksomheten er, jo flere muligheter vil det foreligge. Virksomhetens størrelse får særlig betydning når det kommer til omplasseringsplikten. Om dette uttales det i forarbeidene:<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Prop.89 L (2010-2011) s. 13

<sup>82</sup> l.c.

*«videre vil en større virksomhet normalt ha flere muligheter til å omplassere arbeidstaker. Det er i den forbindelse mulighetene i hele virksomheten som skal vurderes, ikke bare den enkelte avdeling eller enhet. Det skal derfor mye til for at en virksomhet med flere hundre ansatte skal kunne høres med at det ikke er mulig å legge til rette for eller omplassere en arbeidstaker med for eksempel skadet rygg.»*

En dom avsagt av Bergen tingrett i 2010<sup>83</sup> belyser dette. Saken gjaldt en salgsmedarbeider som fikk diagnosen kronisk utmattelsessyndrom (ME), og ble derfor sykmeldt. Da oppsigelsen ble gitt hadde hun vært sykmeldt i om lag to år. Ved saklighetsvurderingen var det sentrale i dommen hvorvidt arbeidsgiveren i tilstrekkelig grad hadde oppfylt tilretteleggingsplikten. Retten understreket at aml. § 4-6 pålegger arbeidsgiveren en:

*«betydelig aktivitet for og så langt som mulig å søke å sikre arbeidstakeren mulighet til å fortsette i virksomheten.»*

Retten la avgjørende vekt på at det var tale om en stor virksomhet (ca. 250 ansatte), og kom til at oppsigelsen var usaklig.

I en annen dom avsagt av Oslo tingrett<sup>84</sup> kom retten til samme resultat som i den overnevnte dom. Saken gjaldt en konduktør i NSB som ble sagt opp på grunn av problemer med hoften. På oppsigelsestidspunktet hadde han vært sykmeldt i nærmere to år, og det oppstod tvist om hvorvidt oppsigelsen var saklig begrunnet. Det sentrale i saklighetsvurderingen var hvorvidt NSB hadde oppfylt tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6.

Retten la til grunn at NSB er en stor virksomhet med gode økonomiske forutsetninger, og at dette fører til et strengere tilretteleggingskrav. Retten vurderte den tilretteleggingen arbeidsgiveren hadde foretatt, og kom til at tilretteleggingsplikten ikke var tilstrekkelig opp-

---

<sup>83</sup> TBERG-2010-33846

<sup>84</sup> RG-2011-1409



fylt. Begrunnelsen var at tiltakene utelukkende hadde vært rettet mot arbeidstakeren, og at det ikke var tatt hensyn til at tilretteleggingsplikten også omfattet tilrettelegging av selve arbeidet. Retten mente at NSB ikke i tilstrekkelig grad hadde kartlagt arbeidstakerens restarbeidsevne, noe som særlig vil være viktig når det skal avgjøres om det finnes andre passende stillinger. Arbeidsgiveren hadde riktignok forsøkt enkelte tiltak, for eksempel jobbsøkerkurs og noe arbeidstrening, men retten mente at de bar preg av å være for generelle og lite målrettede.

At virksomhetens størrelse får betydning ved vurderingen av tilretteleggingsplikten følger også av en dom avsagt av Oslo tingrett av 2009.<sup>85</sup> Saken gjaldt en arbeidstaker som ble sagt opp på grunn av langvarig sykdom. Arbeidstakeren hadde vært sykmeldt i overkant av to år da oppsigelsen ble gitt. Retten kom til at arbeidsgiveren ikke hadde oppfylt tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6, og anså oppsigelsen usaklig. Retten begrunnet dette blant annet med at arbeidsgiveren ikke hadde gjort nok for å kartlegge arbeidstakerens restarbeidsevne. Etter rettens syn:

*«(...)foretok ikke Bring i denne perioden tilstrekkelig utredning og utprøving av As kompetanse og restarbeidsevne.»*

Retten mente således at uten en slik arbeidsevnevurdering kunne ikke arbeidsgiveren foreta en reell og saklig vurdering av hvilke oppgaver arbeidstakeren kunne utføre. Dette gjaldt ikke bare i forhold til å tilrettelegge i henhold til hans opprinnelige arbeid, men også i forhold til eventuell omplassering. Retten la også vekt på at det var tale om en stor virksomhet, med om lag 160 ansatte i den aktuelle avdelingen. I tillegg hadde virksomheten egne ressurser innenfor personal og oppfølging av arbeidstakere.

---

<sup>85</sup> TOSLO-2009-117509

Avgjørelsene ovenfor viser at i tilfeller hvor det er tale om store virksomheter med gode omplasseringsmuligheter, vil det stilles strenge krav til tilretteleggingen.

En avgjørelse avsagt av Borgarting lagmannsrett i 2000<sup>86</sup> gjaldt en arbeidstaker som var ansatt i en mindre virksomhet som banemannskap på en gokart bane. Arbeidstakeren fikk en skade i hoften som følge av gokartkjøring. Han kunne ikke lenger utføre arbeidsoppgavene sine, og etter ca. ett års sykefravær ble han sagt opp.

Ved drøftelsen av arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt uttalte retten følgende:

*«Her vil også bedriftens størrelse være av betydning, idet det må legges vekt på at en mindre bedrift har begrensede muligheter for omplassering eller omlegging av arbeidsrutiner tilpasset en yrkeshemmet medarbeider.»*

Retten erkjente at tilretteleggingsplikten er vid, men la til grunn at når det er tale om en liten virksomhet må det finnes en grense for virksomhetens tilretteleggingsplikt.

I den tidligere nevnte dommen fra Tana og Varanger herredsrett av 1985<sup>87</sup> ble en arbeidstaker sagt opp på grunn av omfattende sykefravær over flere år. Ved saklighetsvurderingen oppstod det tvist om arbeidsgiveren hadde gjort nok i forhold til tilretteleggingsplikten. Det var på det rene at det ikke var anledning til å omplassere arbeidstakeren, da virksomheten ikke hadde økonomisk evne til bære lønnskostnader ved å utvide antall stillinger. Retten la avgjørende vekt på virksomhetens størrelse og økonomiske evne. Retten uttalte:

*«Hensett til bedriftens størrelse, må det fastslås at bedriften har vist et slikt initiativ som tilfredsstiller kravene i arbeidsmiljølovens § 13 nr. 2.»*

---

<sup>86</sup> LB-2000-3513

<sup>87</sup> RG-1985-577

Varigheten av sykdommen vil også kunne få betydning når omfanget av tilretteleggingsplikten skal fastlegges. For at arbeidsgiveren skal ha plikt til å tilrettelegge, er det ikke noe krav om at det må være tale om langvarig sykdom. Det kan således være tale om sykdommer eller skader av forbigående art. Likevel vil sykdommens varighet kunne få betydning ved vurderingen av hva som kreves av tilrettelegging. At sykdommens varighet får betydning ved vurderingen er presisert i forarbeidene<sup>88</sup> til aml. § 4-6.

Det uttales her følgende:

*«ordlyden er ment å omfatte alle arbeidstakere som har fått redusert arbeidsevne i forhold til sitt nåværende arbeid som følge av sykdom, skade, slitasje eller lignende, uavhengig av om det er tale om en kortvarig eller langvarig reduksjon. Imidlertid vil varigheten av den reduserte arbeidsevnen være et sentralt moment ved vurderingen av arbeidsgivers plikter i det enkelte tilfellet.»*

Som eksempel nevner departementet at det ikke er rimelig å forvente at arbeidsgiveren skal gjennomgå omfattende, kostbare utbygginger dersom det kun er tale om tilretteleggingsbehov av kortere varighet.

Det er slik at ulike forhold på arbeidstakerens side også vil kunne få betydning ved vurderingen av arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt, særlig når det gjelder omplasseringsplikten.

Dersom en arbeidstaker er sykmeldt og tilrettelegging ikke er hensiktsmessig, må arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt lempes. Det følger blant annet av en dom avsagt av Agder lagmannsrett av 2009.<sup>89</sup> En arbeidstaker var oppsagt grunnet sykefravær på litt over ett år. Det oppstod tvist om oppsigelsen var saklig, herunder om arbeidsgiveren hadde oppfylt sin tilretteleggings- og omplasseringsplikt. Retten la til grunn at det ville være av stor betyd-

---

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104

<sup>89</sup> LA-2009-117161

ning ved saklighetsvurderingen om arbeidstakeren var tilbudt annet arbeid. I dette tilfelle var ikke arbeidstakeren tilbudt annet arbeid, men retten kom likevel til at det ikke fikk betydning, og begrunnet dette med at det var på det rene at arbeidstakeren ikke hadde noen restarbeidsevne.

Når det gjelder omplasseringsplikten sier aml. § 4-6 at det skal tilbys «*passende arbeid*». Ordlyden tilsier at ikke et hvilket som helst annet arbeid er aktuelt, men arbeidet må være «*passende*». Ordlyden «*arbeid*» tilsier også at det ikke trenger å være en formelt opprettet og ledig stilling, men at det er nok at det finnes et udekket behov for arbeidskraft.<sup>90</sup>

Det uttales i forarbeidene til 1977-loven<sup>91</sup> at det ved vurderingen av hva som vil være et passende arbeid må foretas en helhetsvurdering, hvor også arbeidstakerens egen vurdering må spille inn.

I forarbeidene<sup>92</sup> ble det uttalt:

*«I kravet til ”passende arbeid” ligger det at arbeidet ikke må være vesentlig annerledes med hensyn til ansvar, lønn osv., enn arbeidstakers tidligere arbeid i virksomheten.»*

I forarbeidene<sup>93</sup> til 2005 loven uttales det videre at:

*«Arbeidsgivers plikt går ikke så langt som til å opprette en ny stilling for den aktuelle arbeidstaker, men dersom det er eller blir ledig en passende stilling i virk-*

---

<sup>90</sup> Storeng (2011) s. 517

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

<sup>92</sup> Prop.89 L (2010-2011) s. 14

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105

*somheten, skal den tilbys arbeidstakeren hvis vedkommende ellers er skikket for stillingen.»*

At omplasseringsplikten ikke strekker seg så langt som å opprette en ny stilling er også uttalt i rettspraksis. I en dom avsagt av Gulating lagmannsrett i 2007<sup>94</sup> ble en barnehageassistent oppsagt på grunn av sykdom, og det oppstod tvist om oppsigelsen var saklig. Et sentralt moment i saken var om arbeidsgiveren hadde oppfylt tilretteleggingsplikten. Retten viste til forarbeidene<sup>95</sup> og uttalte følgende:

*«Som utgangspunkt vil arbeidsgiveren ikke være fri for ansvar, dersom han tilbyr arbeidstakeren et dårligere arbeid enten med hensyn til lønn eller stillingsinnhold, enn det han hadde. I slike tilfelle må arbeidstakeren kunne velge om han vil akseptere tilbudet eller gå til søksmål for å få oppsigelsen kjent usaklig.»*

I saken hadde arbeidstakeren gitt uttrykk for at hun var villig til å ta arbeid med dårligere vilkår enn opprinnelig, og hun ville heller jobbe redusert fremfor å miste arbeidet. Retten la til grunn at arbeidsgiveren var forpliktet til å omplassere henne selv om stillingsinnhold og omfang eventuelt var dårligere. Retten la videre til grunn at det ikke trengte å være ledig en formelt organisert stilling, dersom det var udekkede behov og arbeidsoppgaver i virksomheten. Retten slo imidlertid fast at dette ikke gjaldt uten begrensninger. Retten uttalte at det ikke kunne kreves at det skulle opprettes en ny stilling.

Begrensningen og vurderingen av om arbeidstakeren er tilstrekkelig kompetent for den nye stillingen, må avgjøres konkret. Det må avgjøres hvorvidt arbeidstakeren har de kvalifikasjoner som skal til for å beherske det arbeidet som stillingen innebærer. Derimot er det ikke et krav at arbeidstakeren må være bedre kvalifisert enn andre, men arbeidstakeren må ob-

---

<sup>94</sup> LG-2007-124516

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 73

jektivt sett fylle vilkårene for stillingen.<sup>96</sup> Det følger videre av den overnevnte dom av Gulatings lagmannsrett<sup>97</sup> at det ikke er nok at det finnes andre som er bedre kvalifisert til stillingen. Retten henviste til juridisk teori, og uttalte følgende:

*«Det er sikker oppfatning at en arbeidstaker ikke kan sies opp bare under henvisning til at bedriften kan få tilsatt en annen som er bedre kvalifisert eller yngre i stedet.»*

Det vil ikke nødvendigvis være slik at ethvert arbeid som arbeidstakeren i utgangspunktet ikke er kvalifisert til ikke er aktuelt. Det fremgår av forarbeidene<sup>98</sup> at arbeidsgiveren må påregnes å tilby arbeidstakeren opplæring i forbindelse med nytt arbeid. Det uttales:

*«Det må legges til grunn at arbeidsgivers plikt i alle fall må tilsvare den opplæring arbeidsgiver uansett må gjennomføre ved nyrekruttering i den aktuelle stillingen. Avhengig av virksomhetens situasjon, arbeidstakerens alder osv., må det formodentlig også aksepteres en noe lengre innkjøringsperiode enn det som ellers er vanlig.»*

Til tross for at omplasseringsplikten er vidtgående, støtter også rettspraksis en slik tolkning av begrepet «*passende arbeid*». I en dom avsagt av Borgarting lagmannsrett av 2005<sup>99</sup> oppstod det tvist om en oppsigelse på grunn av sykefravær var saklig. Sentralt var om omplasseringsplikten var oppfylt.

Det fremgikk av dommen at arbeidstakeren ikke lenger kunne bedrive fysiske belastninger, og da var den eneste muligheten å arbeide som truckfører, noe hun også var kvalifisert for.

---

<sup>96</sup> Storeng (2011) s. 517

<sup>97</sup> LG-2007-124516

<sup>98</sup> Prop.89 L (2010-2011) s. 14

<sup>99</sup> LB-2005-182268

Det var på oppsigelsestidspunktet ingen truckfører stillinger ledige, så dette var ikke aktuelt.

Lagmannsretten uttalte følgende:

*«Andre stillinger i bedriften som ikke vil medføre slike fysiske belastninger som A bør unngå, for eksempel i administrasjonen eller som maskinoperatør, krever kompetanse som A ikke har.»*

Rimelighetshensyn tilsier også at det må kunne stilles krav til arbeidstakerens kompetanse. Dersom en arbeidstaker blir tildelt andre arbeidsoppgaver, må det kunne forventes at de blir utført på en tilfredsstillende måte. Det samsvarer også best med loven i sin helhet, idet en arbeidstaker jo vil kunne bli sagt opp dersom ikke arbeidet blir utført på en tilfredsstillende måte, jfr. aml. § 15-7.

Rekkevidden av tilretteleggingsplikten vil også avhenge av hvilke konsekvenser tilretteleggingen vil medføre for øvrige ansatte. Arbeidsmengden vil kunne øke for de andre arbeidstakerne, og deres arbeidsbelastning blir dermed større. Derfor må det trekkes en grense for hvor langt arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt strekker seg i de tilfeller hvor tilretteleggingen eller omplasseringen går utover andre arbeidstakere

Problemstillingen ble behandlet i en dom avsagt av Høyesterett i 1995.<sup>100</sup> Den omhandlet en arbeidstaker som ble sagt opp på grunn av nedbemanning, og omplassert til annet arbeid. Han utviklet senere eksem som medførte at han ble sykmeldt fra det nye arbeidet. Kommunen kunne vise til at de hadde undersøkt mulighetene for å gi ham annet arbeid, men dette var ikke mulig. Det sentrale i saken var hvorvidt arbeidstakerens situasjon som yrkeshemmet ga ham krav på at en annen arbeidstaker skulle pålegges å bytte arbeid med

---

<sup>100</sup> Rt-1995-227

ham. Høyesterett uttalte at det i forarbeidene var klare indikasjoner på at arbeidsgiverens forpliktelser skal være betydelige, både når det gjelder plikten til å tilrettelegge for å fortsette i sitt vanlige arbeid, og til å skaffe annet arbeid. Videre uttalte de at det ikke fremgikk av forarbeidene hvordan man skulle forholde seg i de tilfeller hvor den yrkeshemmede bare kunne hjelpes på bekostning av andre arbeidstakere.

I den forbindelse uttalte Høyesterett vedrørende den dagjeldende bestemmelsen i aml. § 13 nr. 2, som tilsvarer dagens aml. § 4-6 følgende:

*«Jeg finner det for min del vanskelig å tolke § 13 nr 2 slik at andre arbeidstakers rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmede. Noe slikt ville etter min mening ha krevet klar tale i lovtekst eller iallfall i forarbeider.»*

Imidlertid holdt Høyesterett muligheten for unntak åpen, og uttalte videre:

*«Derimot kan saken kanskje stille seg annerledes hvis arbeidsgiveren innenfor rammen av sin vanlige styringsrett kan beordre en annen arbeidstaker til å ta over den yrkeshemmedes arbeid, også om dette skjer mot vedkommendes ønske. Jeg tenker da på de tilfeller der arbeidskontrakten er slikt utformet at den dekker begge stillinger.»*

Høyesterett slo fast at arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt ikke strakk seg så langt at det fikk negative konsekvenser for andre arbeidstakere.

Problemstillingen ble også berørt i en dom avsagt av Gulating lagmannsrett fra 2007.<sup>101</sup> Saken gjaldt en kommunalt ansatt barnehageassistent som ble sagt opp på grunn av sykefravær etter ca. ett år. Det oppstod tvist om tilretteleggingspliktens omfang ved saklighets-

---

<sup>101</sup> LG-2007-124516



vurderingen. Når det gjaldt forholdet mellom pliktens omfang og hensynet til de andre ansatte uttalte lagmannsretten følgende:

*«Arbeidsgivers plikt til å forsøke å tilpasse arbeidet er riktignok relativt vidtgående, men går likevel ikke så langt at andre ansatte over tid må utføre sentrale arbeidsoppgaver for A som ledd i tilpasning for henne.»*

### 3.2.3 Sykdomsprognosene fremover

Et av de viktigste momentene i saklighetsvurderingen ved oppsigelse grunnet sykdom etter utløpet av verneperioden, vil være sykdomsprognosene. Dersom det er på det rene at arbeidstakeren vil bli frisk, vil det kunne ikke utgjøre saklig grunn til oppsigelse. Om dette blir det uttalt i Bedriftens personalhåndbok:<sup>102</sup>

*«Dersom det på den tiden oppsigelse blir vurdert, er klart at arbeidstakeren er tilbake på et angitt tidspunkt i noenlunde nær fremtid, og at det i tillegg er grunn til å regne med stabile forhold i fremtiden, er en oppsigelse ikke saklig.»*

Er det derimot klart at arbeidstakeren ikke vil være tilbake i arbeid i overskuelig fremtid, og det dessuten er grunn til å forvente nye og lange fravær, vil en oppsigelse etter utløpet av verneperioden kunne anses å ha saklig grunn.<sup>103</sup> Det er naturlig at det må være slik, da arbeidsavtalen er en gjensidig bebyrdende avtale hvor arbeidstakeren skal stille sin arbeidskraft til disposisjon, og arbeidsgiveren har krav på de ansattes arbeidsytelse. Selv om sykefraværet er en legitim fraværsgrunn, kan en visshet om ytterligere fravær kunne innebære at det er saklig grunn til oppsigelse.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Aagaard (2002) s. 231

<sup>103</sup> l.c.

<sup>104</sup> Kokkvold (2005) s. 55

I de tilfeller hvor arbeidstakerens fremtidige funksjonsevne er usikker, er det antatt at det må kreves noe utover sykdomsfraværet i seg selv. Jo større grad av usikkerhet det er om sykdomsbildet, jo mindre skal til for at en oppsigelse er saklig.<sup>105</sup> Hva som menes med funksjonsevne er omtalt i forarbeidene:<sup>106</sup>

*«personens psykiske, fysiske og sosiale ressurser i forhold til de oppgaver vedkommende skal utføre i forhold til arbeid, fritid og personlige gjøremål.»*

Det fremgår videre at når arbeidsevnen skal vurderes, vil funksjonsevnen ofte være et bedre utgangspunkt enn diagnosen. Ved å legge større vekt på funksjon vil oppmerksomheten rettes på hva den enkelte kan gjøre til tross for medisinske plager. Videre følger det av lovforarbeidene<sup>107</sup> at en slik funksjonsvurdering skal angi funksjonsevne/funksjonssvikt i forhold til arbeid og hva som skal til for at den sykmeldte skal komme tilbake til arbeid.

Når en slik vurdering skal foretas må det tas hensyn til uttalelser fra arbeidstakeren selv vedrørende framtidsutsiktene. Det kan tenkes at arbeidstakeren gir uttrykk for at vedkommende er i ferd med å bli frisk. En oppsigelse på et slikt tidspunkt vil kunne være usaklig, fordi arbeidsgiveren bør avvente situasjonen. Det kan også tenkes at arbeidstakeren venter på å få gjennomført en operasjon og at prognosene for denne er gode. Her bør også arbeidsgiveren avvente situasjonen. Kanskje kan arbeidstakerens lege komme med antatte prognoser, spesielt gjelder dette hvor arbeidstakeren har en sykdom som vanligvis har et forutsigbart hendelsesforløp. Dersom arbeidstakeren kan forventes å være tilbake i arbeid innen rimelig tid, vil en oppsigelse på grunn av sykefraværet normalt ikke anses for å ha saklig grunn. Det er antatt i juridisk teori at dersom arbeidstakeren kan forventes å være tilbake innen 6 til 12 måneder, vil dette regnes som rimelig tid.<sup>108</sup> Arbeidstakerens tidligere

---

<sup>105</sup> Kokkvold (2005) s. 55

<sup>106</sup> Ot.prp. nr. 29 (2001-2002) s. 6

<sup>107</sup> ibid. s. 11

<sup>108</sup> Skarning (2011) s. 94

sykdomshistorie vil kunne få betydning ved vurderingen. Dersom den ansatte gjennom flere år har vært sykmeldt med jevne mellomrom, kan det være hensiktsmessig å legge et gjennomsnitt til grunn ved vurderingen av fremtidige prognoseutsikter. Man vil imidlertid ikke kunne legge dette til grunn dersom arbeidstakeren kommer med opplysninger som gir grunn til å anta at situasjonen har endret seg.

Det kan også tenkes situasjoner der arbeidstakeren av ulike grunner ikke vil gi opplysninger om sin funksjonsevne til arbeidsgiveren. I slike tilfeller vil manglende opplysninger kunne få betydning i vurderingen, både i henhold til om arbeidsgiveren har oppfylt sin tilretteleggingsplikt, men også i saklighetsvurderingen for øvrig.<sup>109</sup> Dette må gjelde uavhengig av hva som er grunnen til at arbeidstakeren ikke opplyser om prognosene. Arbeidstakeren har plikt til å opplyse om sin funksjonsevne, men opplysningsplikten gjelder ikke den medisinske diagnosen.<sup>110</sup>

Borgarting lagmannsrett uttalte seg om vurderingen av sykdomsprognosene i en avgjørelse fra 2006.<sup>111</sup> I saken ble en industriarbeider sagt opp etter utløpet av verneperioden etter et sykefravær på ett år, på grunn av helseplager. Vedkommende skulle gjennom en operasjon innen noen måneder, men sykdommens utviklingsutsikter var usikre.

Det viste seg at operasjonen var vellykket, men arbeidstakerens lege ga uttrykk for at det var en «*betydelig risiko for ny epikondylitt, dersom hun går tilbake til arbeidet*». Arbeidstakeren hevdet at dette måtte være hennes valg om hun ville ta risikoen ved å gå tilbake til sitt tidligere arbeid. Lagmannsretten var ikke enig i dette, og uttalte:

---

<sup>109</sup> Kokkvold (2005) s. 52

<sup>110</sup> l.c.

<sup>111</sup> LB-2005-182268

*«Når risikoen for nye helseplager var så høy som den var, kunne det ikke kreves at bedriften tok henne tilbake, med mindre den hadde annet arbeid eller hensiktsmessig tilrettelegging å tilby dersom A fikk nye helseplager.»*

Da det ikke var muligheter for omplassering eller tilrettelegging, og med høy risiko for tilbakefall i tillegg, kom lagmannsretten til at oppsigelsen var saklig begrunnet.

### 3.2.4 Fraværets omfang

Hvor lenge den ansatte har vært borte fra arbeidet vil kunne få betydning for saklighetsvurderingen av en oppsigelse gitt etter utløpet av verneperioden. Det er usikkert hvor langt sykefravær som må til for at en oppsigelse skal kunne være saklig begrunnet. Dessuten er lengden bare ett av flere momenter i vurderingen, slik at lengden av fraværet må ses i sammenheng med prognosene mv. Problemstillingen er ved flere anledninger drøftet i rettspraksis.

En avgjørelse avsagt av Oslo tingrett i 2000<sup>112</sup> omhandlet en fabrikkarbeider som ble sagt opp på grunn av høyt sykefravær. Han hadde hatt et høyt sykefravær over mange år, og i løpet av de tre siste årene hadde han hatt et fravær på i alt 456 dager. Retten erkjente at det var tale om et høyt sykefravær, men uttalte likevel følgende:

*«Det er ikke tilstrekkelig oppsigelsesgrunn at en arbeidstaker har høyere sykefravær enn gjennomsnitt i bransjen. Heller ikke det faktum at han har arbeidsplassens høyeste fravær er i seg selv nok. Det er først når den ansattes fraværsmønster klart skiller seg fra de øvrige ansatte at oppsigelse kan være saklig.»*

Etter rettens mening måtte det også være et krav at fraværene førte til problemer av en viss størrelse for arbeidsgiveren, noe retten mente det vanligvis ville gjøre.

---

<sup>112</sup> 2000-02-22 (Rockwool)

Retten konstaterte således at høyt sykefravær ikke i seg selv gir saklig grunnlag for oppsigelse. Videre gikk den inn på drøftelsen av om arbeidsgiveren hadde gjort tilstrekkelig innsats for å tilrettelegge, jfr. aml. § 4-6. Det hadde vært forsøkt flere ulike tilretteleggingstiltak uten at dette førte til forbedring. Dermed kom retten til at oppsigelsen var saklig.

Avgjørelsen viser at det skal mye til før langt sykefravær alene kan utgjøre en saklig oppsigelsesgrunn.

Problemstillingen kan videre belyses ved å henvise til en avgjørelse avsagt av Frostating lagmannsrett i 2004.<sup>113</sup> Saken gjaldt oppsigelse av en kommunalt ansatt lærer. Arbeidstakeren hadde vært sykmeldt i to år og fire måneder<sup>114</sup>, da hun ble sagt opp. I tillegg til å bli innkalt til oppfølgingsmøte hadde hun fått tilbud om alternativ stilling, men avslo.

Lagmannsretten uttalte:

*«Arbeidsgiver ventet med oppsigelse nærmere fire måneder utover den frist som arbeidstakere i Trondheim kommune er beskyttet av (to år). Etter flere mislykkede forsøk på å få til en ordning for A var det nødvendig og forståelig at Trondheim kommune, som arbeidsgiver, måtte få en endelig avklaring. På det tidspunkt oppsigelsen fant sted var det fra As side ikke dokumentert noe i retning av at hun snarlig ville bli frisk.»*

Lagmannsretten kom etter dette til at oppsigelsen måtte anses som saklig begrunnet. De la vekt på at det var tale om et langt sykefravær, og at prognosene for å komme tilbake til arbeidet var dårlige. Retten erkjente at oppsigelsen ville være en belastning for arbeidstake-

---

<sup>113</sup> LF-2004-27911

<sup>114</sup> Verneperioden for kommunalt ansatte var to år

ren, men la til grunn at etter et så langt sykefravær måtte arbeidsgiverens behov for avklaring veie tyngre.

I den tidligere nevnte dommen fra Tana og Varanger herredsrett<sup>115</sup> ble det uttalt:

*«Det er på det rene at hyppig og/eller lengre sykdomsfravær kan være gyldig oppsigelsesgrunn, selv om arbeidstakeren selvsagt ikke subjektivt kan bebreides.»*

Videre ble det uttalt:

*«Det er imidlertid sparsomt med rettspraksis på området, hvilket kan ha sammenheng med at arbeidstakere med høyt fravær har vært innforstått med at det objektivt sett har vært et mislighold av arbeidskontrakten og derved avfunnet seg med oppsigelsen.»*

Retten kom etter en totalvurdering til at oppsigelsen var saklig begrunnet i sykefraværet. Som begrunnelse for resultatet uttalte retten følgende:

*«En arbeidsgiver må være forberedt på at en arbeidstaker unntaksvis kan ha et langvarig fravær eller at fraværet i løpet av f.eks et år overstiger det som måtte være gjennomsnittlig fravær for arbeidstakere i henhold til statistisk materiale, uten at dette vil betinge en saklig oppsigelse.»*

Samtidig erkjente retten at det går en grense for hvor omfattende sykefravær en arbeidsgiver må finne seg i før en oppsigelse grunnet sykefravær vil anses for å ha saklig grunn, og uttalte videre:

---

<sup>115</sup> RG-1985-557

*«Grensen må imidlertid trekkes etter en individuell vurdering. I foreliggende sak står en overfor et omfattende fravær gjennom flere år, og legeuttalelse tilsier også at situasjonen synes permanent, slik at fravær i noenlunde tilsvarende omfang også må påregnes i fremtiden.»*

I en annen dom avsagt av Hadeland og Land tingrett i 2006<sup>116</sup> ble oppsigelsen av en lagerarbeider opprettholdt av retten. Arbeidstakeren hadde vært borte fra arbeidet i 2 ½ år da oppsigelsen ble gitt. Retten uttalte at et sykefravær på 2 ½ år i seg selv ikke var tilstrekkelig for at oppsigelsen skulle anses som saklig. Men de slo fast at 2 ½ år var lenge, og at det derfor måtte:

*«(...)stilles relativt konkrete krav til positive framtidsutsikter for at oppsigelsen ikke skal være saklig om bedriften har belastninger ved fraværet.»*

Da slike positive framtidsutsikter ikke forelå, ble oppsigelsen ansett som saklig.

Dommen viser at det må foretas en samlet vurdering i forhold til om en oppsigelse grunnet sykefraværet etter utløpet av verneperioden skal anses for å ha saklig grunn eller ikke. Selv om retten erkjente at et sykefravær på 2 ½ år var lang tid, så kan det tenkes at et så langt fravær vil kunne være akseptabelt dersom arbeidstakeren kan godtgjøre at vedkommende er på vei til å bli frisk.

Reelle hensyn taler også i denne retning. Det viktigste hensynet som skal ivaretas er nettopp målet om et inkluderende arbeidsliv, og hensynet til arbeidstakerens ønske om å jobbe må være tungtveiende.

---

<sup>116</sup> THADE-2006-37535

### 3.2.5 Formelle saksbehandlingskrav forut for beslutningen om oppsigelse

Dersom arbeidsgiveren i forkant av en oppsigelse har fulgt saksbehandlingsreglene på en korrekt måte, vil dette tale i hans favør i en eventuell oppsigelsestvist for domstolene. Dersom arbeidsgiveren ikke har innkalt til drøftelsesmøte i henhold til § 15-1, vil en oppsigelse kunne fremstå som mindre gjennomtenkt.<sup>117</sup>

Det uttales i juridisk teori<sup>118</sup> at mangelfull saksbehandling kan få betydning ved saklighetsvurderingen. Fanebust uttaler følgende:

*«Dersom saksbehandlingen ikke har vært tilfredsstillende, kan dette føre til at det faktiske grunnlag blir ufullstendig eller uriktig. I så fall kan oppsigelsen bli satt til side under henvisning til at det foreligger saksbehandlingsfeil.»*

Arbeidsgiveren er forpliktet etter aml. § 15-1 til å avholde drøftelsesmøte i forkant av en oppsigelse. Formålet med drøftelsesmøte fremgår av forarbeidene<sup>119</sup> hvor det uttales:

*«Slike drøftinger er viktige for at arbeidsgiver skal kunne foreta de nødvendige vurderinger av saklighetskravet i arbeidsmiljøloven.»*

Videre uttales det at slike vurderinger vanskelig kan foretas uten at det er i samarbeid med arbeidstakeren. Å avholde drøftelsesmøte vil være særlig viktig i tilfeller hvor det er tale om å si opp arbeidstakeren på grunn av høyt sykefravær. En arbeidstaker som er sykmeldt vil allerede være i en tøff situasjon, og derfor vil det være viktig at alle opplysninger kommer frem før en oppsigelse gis.

---

<sup>117</sup> Skarning (2011) s. 92

<sup>118</sup> Fanebust (1995) s. 86

<sup>119</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s.182



Det følger av rettspraksis at unnlatelse av å avholde drøftelsesmøte kan få betydning ved vurderingen av om oppsigelsen har saklig grunn, jfr. aml. § 15-7.

En avgjørelse avsagt av Frostating lagmannsrett av 2011<sup>120</sup> omhandlet oppsigelse av en sykmeldt arbeidstaker, hvor arbeidsgiveren ikke hadde overholdt saksbehandlingsreglene. Retten tok stilling til hvilken betydning dette skulle få ved saklighetsvurderingen. Virksomheten erkjente at det var mangler ved saksbehandlingen, da oppfølgingsplan først ble utarbeidet etter 17 uker, samt at det ikke ble avholdt drøftelsesmøte i henhold til aml. § 15-1. Retten fant at saksbehandlingen var mangelfull og dels kritikkverdig. Saken ble avgjort under dissens, og flertallet mente til tross for at saksbehandlingsreglene ikke var oppfylt at oppsigelsen var saklig begrunnet i henhold til aml. § 15-7. Retten fant at unnlatelsen av å avholde drøftelsesmøte var en saksbehandlingsfeil som ikke hadde hatt noen innvirkning på oppsigelsen. Retten mente således at selv om det hadde blitt avholdt drøftelsesmøte, ville ikke dette ført til noe annet resultat.

En annen avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett av 2005<sup>121</sup> omhandlet oppsigelse etter utløpet av verneperioden på grunn av helseplager. Det hadde ikke blitt avholdt drøftelsesmøte, kun et møte hvor arbeidstakeren mottok oppsigelsen. Etter rettens mening ble ikke dette ansett som et drøftelsesmøte. Retten kom til at oppsigelsen var usaklig, og la blant annet vekt på at slikt møte ikke ble avholdt i forkant av oppsigelsen.

Dommene viser at dersom det foreligger mangelfull saksbehandling i forkant av en oppsigelse, vil det måtte foretas en vurdering av hvorvidt feilen har virket inn på beslutningen om oppsigelsen. Det kan trekkes en parallell til forvaltningsloven § 41 som er en gyldighetsregel som gjelder for enkeltvedtak.

---

<sup>120</sup> LF-2011-195233

<sup>121</sup> LB-2005-182268

I en annen avgjørelse av Borgarting lagmannsrett av 2012<sup>122</sup> ble arbeidstakeren sagt opp på grunn av ulovlig fravær etter ett års sykmelding. I saken ble det heller ikke avholdt drøftelsesmøte i forkant av oppsigelsen. Retten kom til at unnlatelsen hadde ført til at alle opplysninger ikke hadde kommet frem, og at det dermed hadde virket inn på avgjørelsen. Oppsigelsen ble således ansett som usaklig.

### 3.2.6 Tvister

Den alminnelige regelen om søksmålsfrister er nedfelt i aml. § 17-4. Der fremgår det i første ledd at dersom en oppsigelse bestrides, må det reises søksmål innen åtte uker. Det må bemerkes at dersom arbeidstakeren kun krever erstatning er søksmålsfristen seks måneder. Fristen på åtte uker gjelder også dersom arbeidstakeren selv sier opp sin stilling.<sup>123</sup> Imidlertid vil det være adgang for arbeidsgiveren og arbeidstakeren til å avtale lengre søksmålsfrist. Det er under forutsetning av at det blir avtalt før fristen er utløpt.<sup>124</sup>

Det fremgår av bestemmelsens annet ledd at fristen begynner å løpe når eventuelle forhandlinger er avsluttet. Det henger sammen med at søksmål som oftest først blir aktuelt dersom partene ikke blir enige gjennom forhandlinger. I de tilfeller hvor det ikke er avholdt forhandlinger, begynner fristen å løpe når oppsigelsen gis.<sup>125</sup>

Dersom ikke søksmålsfristene blir overholdt, innebærer det at arbeidstakeren mister retten til å forfølge saken rettslig.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> LB-2012-40490

<sup>123</sup> Arbeidsrett.no; lovkommentarer til aml. § 17-4 pkt. 2 av Tor Kielland

<sup>124</sup> l.c.

<sup>125</sup> Storeng (2011) s. 581

<sup>126</sup> l.c.

## 4 Konklusjon

Etter en redegjørelse av oppsigelsesvernet, både innenfor verneperioden på tolv måneder og etter at verneperioden er over, kan man trekke slutningen at arbeidstakeren har et sterkt oppsigelsesvern. Hvis det ses hen til utviklingen av oppsigelsesreglene fra den første arbeidervernloven av 1934 og frem til i dag, har reglene blitt endret en rekke ganger. Samtlige endringer har gått i retning av et stadig sterkere vern, og således i arbeidstakerens favør.

Det er arbeidsgiverens tilretteleggings- og oppfølgingsplikt som har vært mest i fokus vedrørende oppsigelsesvernet ved sykdom, og det har stadig blitt stilt strengere krav til innsatsen fra arbeidsgiveren. Rettspraksis som omhandler oppsigelsesvernet, dreier seg i stor utstrekning om tilretteleggingsplikten, og hvorvidt den er oppfylt i de enkelte tilfellene. Det er slik at dersom ikke arbeidsgiveren i tilstrekkelig grad har forsøkt å tilrettelegge, eventuelt omplassere arbeidstakeren, så vil ikke oppsigelsen anses som saklig.

Den siste endringen som omhandlet tilretteleggingsplikten, var lovendringen i 2011, som gikk ut på at virksomheter som ikke var tilknyttet IA-avtalen skulle ha tilsvarende plikter som IA-virksomheter i forhold til oppfølging av sykmeldte arbeidstakere. Oppfølgingsplan i henhold til aml. § 4-6 skal være utarbeidet allerede når arbeidstakeren har vært sykmeldt i 4 uker, noe som må sies å være relativt tidlig oppfølging av en syk arbeidstaker. Det vil ikke nødvendigvis være hensiktsmessig å sette i gang en oppfølgingsprosess tidligere enn dagens regel tilsier. Dersom oppsigelsesvernet ved sykdom utvikler seg langt videre i arbeidstakerens favør, kan det stilles spørsmål ved om dette vil kunne innvirke negativt på virksomheters muligheter for effektiv drift.

På den annen side har det vært en økning av unge uføretrygdde de siste årene. For å få unge, syke arbeidstakere tilbake i arbeid er det viktig med en utstrakt oppfølging og tilrettelegging. Kanskje kan økningen av unge uføre tyde på at arbeidsgiverens oppfølging og tilrettelegging ikke er god nok, og at plikten således må skjerpes ytterligere.

## 5 Litteraturliste

### 5.1 Bøker

- Eckhoff (2001)      Eckhoff, Thorstein *Rettskildelære*, 5. utg, Oslo, 2001
- Fanebust (1995)      Fanebust, Arne *Oppsigelse i arbeidsforhold: krav om "saklig grunn", forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet* 3. utg, Oslo, 1995
- Fanebust (2001)      Fanebust, Arne *Oppsigelse i arbeidsforhold: krav om "saklig grunn", forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet* 4. utg, Oslo, 2001
- Jakhelln (2006)a      Jakhelln, Henning *arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Oslo, 2006
- Jakhelln (2006)b      Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg, Oslo, 2006
- Johansen (2011)      Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland *Arbeidsmiljøloven - kommentarer og praksis*, 2011 (sitert fra rettsdata.no)
- Kjønnsstad (2005)      Kjønnsstad, Asbjørn, Aslak Syse *Velferdsrett I*, 3. utg, Oslo, 2005
- Skarning (2011)      Skarning, Nicolay *Sykefravær. Nye arbeidsoppgaver, omplassering eller oppsigelse*, Oslo, 2011
- Storeng (2011)      Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund *ARBEIDSLIVETS SPILLEREGLER*, 2. utg, Oslo, 2011

Aagaard (2002)      Aagaard, Erik C og Tor Gjone *Bedriftens personalhåndbok*, Oslo, 2002

## 5.2 Artikler

Fleischer (1965)      Fleischer, Carl August *Anvendelse og fortolkning av dommer*, I: Jus-sens venner 1965, s. 146-208

Kokkvold (2005)      Kokkvold, Lars *Sykdomsfravær som oppsigelsesgrunn etter at ver-neperioden i arbeidsmiljøloven § 64 er utløpt* I Arbeidsrett 01/2005, s. 44-55

Skoghøy (2002)      Skoghøy, Jens Edvin Andreassen *Bruk av rettsavgjørelser ved for-tolkning og annen rettsanvendelse*, I: Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002, s. 323-343 (sitert fra lovdata.no)

## 5.3 Nettsteder

Arbeidsrett.no lovkommentarer til arbeidsmiljøloven.

## 5.4 Domsavgjørelser

Høyesterett:

RT-1966-393

RT-1986-224

RT-1988-959

RT-1990-903 (Kjennelse)

RT-1995-227

RT-1996-1401

RT-2001-1362

RT-2011-596

Lagmannsretten:

LA-2009-117161

LB-2000-3513

LB-2002-2867

LB-2005-182268

LB-2007-893

LB-2008-80778

LB-2012-40490

LE-1998-263

LE-2006-81132

LF-2002-115

LF-2004-27911

LF-2007-76085

LF-2011-195233

LG-1999-672

LG-2007-124516

LH-1992-531

Tingretten:

RG-1985-202

RG-1985-577

RG-1988-735

RG-1993-158

RG-1993-665

RG-2011-1409

TBERG-2010-33846

THADE-2006-37535

OSLO BYRETT-2000-22-02 (Rockwool)

TOSLO-2009-117509

Norsk arbeidsrettslig domssamling:

NAD-1981-168

NAD-1986-264

NAD-1986-289

NAD-1988-263

Arbeidsretten:

ARD-1980-90

## **5.5 Lov- og forarbeidsregister**

Gjeldende lover:

1975 Sjømannslov av 30. mai nr. 18

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars nr. 3

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62

Opphevede lover:

1934 Lov om arbeidervern 19. juni nr. 8

1956 Lov om arbeidervern 12. juli nr. 2

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 04

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 8 (1956)

Ot.prp.nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø.

Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v

Ot.prp.nr. 29 (2001-2002) Om lov om endringer i folketrygdloven (tiltak for å redusere sykefravær mv.)

Ot.prp.nr. 18 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og tilsynsloven.

Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.

Ot.prp.nr. 6 (2006-2007) Om lov om endring i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.)

Prop. 89 L (2010-2011) Endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven mv. (raskere oppfølging og sanksjonering av brudd på regelverket ved arbeidstakers sykdom)

NOU-1990-23 Sykelønnsordningen

NOU-2004-5 Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst



Innst.O.nr.71 (1992-1993) Innstilling fra sosialkomiteen om endringer i lov av 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd

## **5.6 Annet**

IA-avtalen     *Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv 2010-2013*